

LA
NOTION DE DROIT SUBJECTIF
DANS LE DROIT PRIVÉ

*« L'Humanité apparaît comme un seul
homme à la poursuite du Droit, tour-
menté de son incompressible souci ».*

Edmond PICARD.

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le Samedi 14 Mars 1931, à 14 heures

PAR

Octavian IONESCU

Licencié en Philosophie

Président : M. Georges RIPERT, Professeur

Suffragants { MM. Louis LE FUR } *Professeurs*
 { René CASSIN } {

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (V^e)

—
1931



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551519_0053

LA NOTION DE DROIT SUBJECTIF DANS LE DROIT PRIVÉ

*« L'Humanité apparaît comme un seul
homme à la poursuite du Droit, tour-
menté de son incompressible souci ».*

Edmond PICARD,

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA
NOTION DE DROIT SUBJECTIF
DANS LE DROIT PRIVÉ

« L'Humanité apparaît comme un seul
homme à la poursuite du Droit, tour-
menté de son incompressible souci ».

Edmond PICARD.

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le Samedi 14 Mars 1931, à 14 heures

PAR

Octavian IONESCU

Licencié en Philosophie

Président : M. Georges RIPERT, Professeur

Suffragants { MM. Louis LE FUR } *Professeurs*
René CASSIN }

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (V^e)

1931



A MES TRÈS HONORÉS ET CHERS MAÎTRES :

MM. Georges RIPERT, Louis LE FUR, Petru DRAGOMIRESCU, Nicolae DASCOVICI

A la mémoire de ma mère,

A mon père,

A ma famille.

INTRODUCTION

INTRODUCTION

1. Caractère philosophique et juridique du sujet. — 2. Limitation du problème au droit privé. — 3. Plan de l'ouvrage.

1. Dans le monde du Droit il y a des problèmes qui tourmentent la conscience du juriste tout aussi bien que les sentiments profonds qui font souffrir le poète.

Au premier plan se trouvent les questions philosophiques. Elles touchent au fond des choses. Elles se demandent quel est le fondement des institutions juridiques et leur raison d'être.

C'est à propos de tels problèmes que M. Cuhe parle de « juristes inquiets » et d'« inquiétude philosophique »¹.

Le sujet que nous abordons appartient bien à ce domaine. Il présente des caractères philosophiques par les questions qu'il pose sur l'origine des droits subjectifs, sur leur rattachement à une conception générale du Droit, sur les éléments de volonté et d'intérêt qui en font partie, etc. A ce point de vue, il relève de la Philosophie du Droit. Mais ce n'est pas tout. Par ses applications, il appartient au droit positif.

Il y a des auteurs, il est vrai, qui voudraient le garder seulement pour le domaine de la Philosophie du Droit. On peut prendre comme exemple Luis Recasens Siches, professeur à l'Université de Madrid, qui dit textuellement dans la fameuse revue italienne de Philosophie de Droit : « Io

1. Paul Cuhe, A la recherche du fondement du Droit. Y a-t-il un romantisme juridique? *Revue trimestrielle de droit civil*, ann. 1929, n° 1, janvier-mars, p. 65.

stimo che questo problema appartenga assolutamente al campo della filosofia del diritto ¹ ».

Il accuse mêmes des auteurs comme Windscheid, Michoud, Brinz, Bekker, Fadda e Bensa ou Jellinek, Duguit, Santi Romano d'avoir traité cette question trop en civilistes ou trop au point de vue de son influence sur le droit public.

Nous sommes persuadés de la nécessité pour la Philosophie d'être fondée sur des données réelles. Le Droit non plus ne peut s'en dispenser. C'est dans les institutions juridiques, dans les applications, que les théories de droit doivent trouver leur confirmation. Nous croyons donc que la question des droits subjectifs appartient aussi bien à la Philosophie du Droit qu'au droit positif. Ce sont les deux revers de la même médaille.

2. Nous étudierons le problème qui nous préoccupe seulement dans le domaine du droit privé. En effet, celui-ci représente les droits subjectifs dans ce qu'ils ont de plus parfait et de plus accusé, comme le dit Thon ². C'est ici qu'on peut parler de vrais droits subjectifs de l'individu et des collectivités.

On peut dire dès à présent que *ces droits subjectifs consistent, pour l'homme ou pour les collectivités, dans un pouvoir d'agir en vue d'assurer certains intérêts dans les limites de la loi.*

Dans le domaine du droit public cette liberté individuelle

1. Luis Recasens Siches, Il concetto di diritto subiettivo innanzi alla filosofia giuridica, *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, anno VI, Ottobre-Dicembre, 1926, p. 475.

2. Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht, Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, p. 108 : « Stellen doch die Privatrechte die Vollkommensten und aus geprägtesten saubjectiven Rechte dar ».

d'agir est beaucoup plus restreinte. Quant aux droits subjectifs des personnes morales de droit public la question est discutée en ce qui concerne leur nature même.

3. L'ouvrage que nous présentons sera divisé en deux parties. Dans une première partie on étudiera le fondement et les éléments constitutifs du droit subjectif. On examinera les différentes écoles qui se sont occupées du problème. En étudiant les diverses controverses sur la question on se rendra compte combien cette matière est subtile¹. De même, on parlera dans cette partie de la sphère d'application du droit subjectif ou du sujet de droit.

Dans une seconde partie on fera quelques applications théoriques. On s'occupera de la classification des droits subjectifs, pour voir quelles sont les catégories importantes de droits. On parlera des droits subjectifs les plus importants, comme par exemple les droits de la personnalité, le droit de créance, le droit de propriété. Enfin, on terminera par la question de la limite des droits subjectifs, à savoir les questions de responsabilité civile et d'abus du droit.

*
**

L'espace au milieu duquel je me trouve est immense ; mes forces sont très faibles ; les difficultés à résoudre sont énormes.

De grands maîtres élèvent devant moi leurs théories savantes et merveilleusement construites. Comment pourrais-je y toucher ?

Je ne l'oserais pas s'ils ne m'avaient enseigné eux-mêmes qu'on doit creuser dans le sol mystérieux et dur du Droit

1. « L'explication de la conception du droit dans le sens subjectif ou du « droit pouvoir », dit Monsieur N.-M. Korkounov, est la question la plus difficile et la plus controversée de l'étude des rapports juridiques. » *Cours de théorie générale du Droit*, trad. du russe par J. Tchernoff, 2^e éd., Giard et Brière, Paris, 1914, p. 230.

avec mille instruments pour trouver une infime partie de la *vérité juridique*. Je le fais avec toute la modestie et tout le respect dûs à ceux auxquels je puise ma pensée.

Je suis encouragé par le fait que, à ma connaissance, aucun ouvrage de synthèse n'a été fait sur la question et que le mien sera peut-être, dans cette mesure, de quelque utilité.

J'entreprends cette tâche difficile caressant aussi quelques idées qui me sont chères : exprimer la croyance dans l'existence d'une *Vérité juridique*, aussi bien que la nécessité qui oblige l'humanité à se rapprocher, de plus en plus, de cette Vérité *par la voie de la spiritualité*.

PREMIÈRE PARTIE.

*« S'il n'y a plus de droits subjectifs, il
n'y a plus de droits en aucun sens. »*

Raymond SALEILLES.

Le fondement, la structure et l'étendue du droit subjectif.

TITRE PREMIER.

Les éléments du droit subjectif.

CHAPITRE PREMIER

GENERALITES

4. Importance de la notion de droit subjectif.

Son étude. — 5. Terminologie.

4. Le droit subjectif est une notion qui a échappé longtemps à la critique des juristes. Elle est tellement évidente et nécessaire à la vie du Droit qu'on ne pensait même pas à la soumettre à une analyse plus profonde. On a parcouru ainsi des siècles employant les expressions de droit du propriétaire, de droit du créancier, avec toute la confiance qu'elles correspondent à des réalités. Les Romains ont bâti tout leur système sur cette notion de droit subjectif. Avec leur clairvoyance caractéristique, ils ont vu en elle ce qui est au fond : *un pouvoir d'agir d'une personne individuelle ou collective en vue de réaliser un intérêt dans les limites de la loi.*

Sous cet aspect, le droit subjectif a vécu jusque vers la moitié du siècle dernier, sans susciter la moindre discussion concernant son existence. Les opinions variaient seulement quant aux limites dans lesquelles on devait l'admet-

tre. C'est la lutte entre l'étatisme et le libéralisme. Mais, une fois admis par la loi, le droit subjectif s'imposait avec toute la vigueur possible.

C'est dans la seconde moitié du XIX^e siècle que la notion de droit subjectif a commencé à attirer l'attention des théoriciens du droit. La cause consiste, dans une certaine mesure, dans le besoin philosophique d'expliquer cette notion. C'est une notion qui devient de plus en plus pressante.

Mais il y a aussi des motifs d'ordre plus pratique, qui occupent le premier plan. Les conditions de la vie ont beaucoup changé. C'est l'élément social qui prend la prépondérance. On voit en France, par exemple, les syndicats qui acquièrent le droit d'agir au nom de leurs membres, représentant ainsi des intérêts collectifs ; on discute le droit de grève ; on arrive à la loi du risque du travail du 9 avril 1898 et la tendance est de remplacer la vieille notion de responsabilité de l'article 1382 C. Civ. par une notion objective, plus positiviste, celle du risque d'activité ; les associations obtiendront un gain de cause partiel par la loi du 1^{er} juillet 1901.

En Allemagne un mouvement semblable aura lieu. On voit ici apparaître la notion de *droit social*, qui représente toute une conception nouvelle.

La même chose se passe en Suisse, en Italie, etc.

Or, les codes en vigueur dataient des époques où cet élément social avait moins de valeur. Le Code Napoléon par exemple, œuvre de la Révolution et de la conception stricte du droit naturel, a une structure individualiste. Une fissure se produit donc entre la législation et entre la vie sociale. Elle représente le besoin impérieux de savoir *en quoi consiste le droit subjectif et quelle est son étendue*.

C'est un problème auquel on commence à travailler. Il présente un double intérêt : *philosophique et pratique*. Des

auteurs comme Boistel, Beudant, Planiol, Thon, Bekker, Brinz, Binding, Jellinek, Windscheid, s'en occupent. Ils discutent sur le point de savoir quel est l'élément fondamental du droit subjectif : Est-ce la volonté ? est-ce l'intérêt ? est-ce tous les deux ? A-t-il une origine purement législative ou est-ce qu'il la dépasse ? Enfin, quelle est sa sphère d'application, c'est-à-dire le sujet de droit ?

Mais la question n'est qu'effleurée. M. Léon Duguit, qui a voulu lui porter des coups mortels dès 1901, par son ouvrage *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, a ouvert la bataille. Des maîtres éminents se sont engagés¹; de même, des jeunes docteurs ont pris part à la discussion d'une manière incidente². Presque tous reconnaissent l'importance capitale du droit subjectif, sauf quelques-uns qui voudraient le supprimer.

En effet, la notion de droit subjectif et son support, le sujet de droit, sont les éléments fondamentaux du Droit. On peut considérer le droit subjectif comme *l'atome juridique*. C'est un non-sens de construire une science juridique à laquelle manquerait cette notion. Il est donc impossible de la supprimer. Tout ce qu'on peut faire est de remplacer cette notion claire, précise et propre à la science du droit par des expressions incohérentes et empruntées à d'autres disciplines. Le mieux, par conséquent, est de l'étudier à tous les points de vue. On verra alors que c'est une réalité qui s'impose et non pas un concept vide.

5. Terminologie. — On discute sur le point de savoir si l'expression de *droit subjectif* est correcte.

1. Ainsi, MM. Gény, Ripert, Demogue, Capitant, Le Fur, Michoud, Hauriou, Saleilles, Cuche, Renard, Roguin, Barthélémy, Josserand, Ferrara, Gorovtseff, Lévy, Kelsen, Dabin, Bonnet, Luis Recasens Siches, Richard, Campion, Davy, Koschembahr-Lyskowski.

2. Comme par exemple, MM. Quéru, Minei, René Capitant.

Certes, cela ne va pas sans inconvénient d'employer le même mot *droit* dans deux sens : dans celui de *droit objectif* — ordonnancement juridique - - et dans le sens de *droit subjectif* — pouvoir d'agir de l'individu ou d'une collectivité en vue de réaliser un intérêt permis par la loi. Mais en même temps c'est un avantage, surtout pour la conception que nous admettons : celle d'après laquelle les droits subjectifs privés découlent des normes objectives de droit. En effet, on constate le rapport étroit qui existe entre l'idée de Droit et les droits de l'individu.

En France, comme dans beaucoup de pays, on a l'habitude d'employer tout simplement les expressions de *Droit* et de *droits*, sans les compléter par d'autres qualificatifs. Le terme *droit subjectif* a une origine allemande d'après les opinions de MM. Hauriou, Duguit, Bonnetcase et Barthélemy¹. On rencontre dans le droit allemand les expressions *Recht in objectiven Sinne* et *Recht in subjektiven Sinne*.

Nous croyons que dans le langage courant on peut employer le mot *droit* tout court. Mais à une seule condition : que l'emploi ne donne pas lieu à une confusion entre

1. Maurice Hauriou, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, *Rev. gén. du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence*, t. XXII, année 1898, nos 1 et 2, janvier-février, mars-avril, Libr. Albert Fontemoing, Paris 1898 ; Julien Bonnetcase, *Science du Droit et Romantisme, Les conflits des conceptions juridiques de 1880 à l'heure actuelle*, pp. 76 et s., Sirey, Paris, 1928 ; Joseph Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, thèse, Toulouse, 1899, Libr. de la Société du Rec. gén. des lois et des arrêts, Paris, 1899.

Sur la critique de l'expression « droit subjectif » voir Fr. Génv, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, pp. 183 et 184.

Pour les mots « droit » et « subjectif » voir les *Dictionnaires* de Littré (*Dictionnaire de la langue française*), d'Adolphe Franck (*Dictionnaire des Sciences philosophiques*) et de M. Lalande (*Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*).

En ce qui concerne le mot « droit », voir aussi Michel Bréal, *L'origine des mots désignant le droit et la loi en latin*, *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, année 1883, pp. 603-612 ; de même, la thèse de M. Alexandre Al. Volansky : *Essai d'une définition expressive du Droit basée sur l'idée de bonne foi*, Duchemin, Paris, 1930, pp. 176 et suiv.

les deux sens. Autrement il est préférable de se servir de l'expression *droit subjectif* et de réserver le mot *Droit* pour l'acception de *droit objectif*. La subordination de la notion *droit subjectif* à celle de *droit objectif* résulte en ce cas même de l'emploi des termes. D'ailleurs nous trouvons dans le *Dictionnaire de la langue française* de Littré¹, dans le Tome II de la deuxième Partie, à la page 2056, ces deux définitions du mot *Subjectif* : « 1° *Terme de philosophie*. Qui a rapport au sujet...; 2° *Terme de grammaire*. Voix *subjective*, se dit de la voix active, par opposition à la voix objective ou passive. » Et nous verrons justement dans le Titre II de cette Partie que *l'existence du droit subjectif dépend d'un sujet de droit et de la volonté manifestée par celui-ci*. Par conséquent, l'emploi que la science du Droit fait du terme *subjectif* est tout à fait en concordance avec son acceptation philosophique et grammaticale.

On rencontre de plus en plus cette expression chez les auteurs français. Et, malgré son origine, nous croyons que ce titre ne lui sera pas contesté en France. D'ailleurs, il lui est reconnu aussi dans les autres pays : Suisse, Italie, Espagne, Roumanie, etc. Son usage est devenu universel pour le cas où il est nécessaire d'écarter la confusion mentionnée. On peut donc dire que c'est une expression acquise à la langue du Droit.

Pour désigner la notion de droit subjectif il y a en France une expression plus ancienne et plus française : c'est celle de *droit individuel*. On la rencontre très souvent dans les *Déclarations de droits*, dans les *Constitutions* et chez les auteurs de *droit public*². Mais l'impression qui se dégage

1. Libr. Hachette, Paris.

2. Voir, par exemple, A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8^e éd. revue par Henry Nézard, 2 vol., Sirey, Paris, 1927-1928, t. 1^{er}, le chapitre « Les limites de l'Etat » p. 39 et s. et le chapitre « Les droits individuels », pp. 576 et s. ; de même, aut. II, le chapitre « La réglementation des droits, individuels », pp. 568 et s.

pour nous c'est que quand on parle aujourd'hui de *droits individuels* on pense aux *droits subjectifs publics de l'individu*¹. Il est très possible que l'expression ait évolué sous l'empire des progrès du droit constitutionnel. Et ce qui au commencement pouvait s'appliquer aux deux domaines, droit privé et droit public, aujourd'hui ne peut s'appliquer qu'au droit public. Le temps montrera si cette évolution se poursuit et si notre hypothèse est vraie².

Une dernière observation en ce qui concerne la terminologie employée en cette matière : Il y a des auteurs qui voudraient remplacer toute l'expression de *droit subjectif* par d'autres, moins précises, comme par exemple celles de *situation de droit* ou de *situation juridique subjective*. Mais, très souvent, ces expressions représentent une conception négative du droit subjectif. Or nous allons voir qu'une telle conception n'est pas fondée. Pour mettre en évidence cette vérité, nous commencerons par l'étude des conceptions qui nient le droit subjectif.

1. Comme nous l'avons dit dans l'Introduction, au n° 2, nous ne nous occupons pas de l'existence et de la nature des *droits subjectifs publics*. Il nous semble pourtant qu'il est plus discutable d'admettre la conception des *droits subjectifs de l'Etat* (beaucoup d'auteurs disent qu'il a des *pouvoirs* et non pas des droits subjectifs), mais qu'il est plus facile de reconnaître *aux individus certains droits publics*. C'est pour ces derniers droits qu'on emploie l'expression de *droits individuels*.

2. Cette évolution est en fonction de celle des rapports qui existent entre le droit privé et le droit public.

CHAPITRE II

DE L'EXISTENCE DU DROIT SUBJECTIF

Section première. Théories qui nient le droit subjectif. — **Section II.** Théories à base de technique. — **Section III.** Théories qui confondent le droit subjectif avec l'action — **Section IV.** Théorie de la réalité du droit subjectif.

Section I. — Théories qui nient le droit subjectif

§ 1. *Méthode réaliste de M. Duguit.* — § 2. *Système de M. I. de Koschembahr-Lyskowski.* — § 3. *Doctrines étatistes de M. Kelsen.*

§ I. — MÉTHODE RÉALISTE DE M. DUGUIT

6. Aperçu général. — **7.** Le réalisme de M. Duguit. — **8.** La norme sociale. — **9.** La règle de droit. — **10.** La négation du droit subjectif. — **11.** La situation juridique subjective. — **12.** Critique de la doctrine négative de M. Duguit. — **13.** Conclusion.

6. La théorie qui nie le droit subjectif de la façon la plus expressive est celle qu'on rencontre dans la doctrine de M. Léon Duguit.

Nous sommes le premier à rendre hommage à sa mémoire¹. Par ses attaques dirigées contre la notion de droit subjectif le doyen Duguit a attiré de nouveau l'attention sur cette question fondamentale du Droit. Le fait qu'il a consacré des centaines de pages dans ses ouvrages de droit public et surtout dans son *Traité de droit constitutionnel* (tome I, 3^e édition, 1927) est une preuve de l'importance que cette question prenait aux yeux du très regretté professeur.

Malheureusement, il craignait trop la métaphysique pour pouvoir étudier la question dans son ensemble. M. Duguit

1. Les premières recherches concernant cette étude remontent à quelques mois précédant la mort de M. Léon Duguit.

fondait le droit subjectif sur la volonté ¹. Or, comme celle-ci n'était pour lui qu'une notion métaphysique, elle ne pouvait pas servir de fondement au droit subjectif. De même, l'agnosticisme de M. Duguit ne lui permettait pas de baser les droits subjectifs sur une règle absolue de droit ². Le droit subjectif ne reste ainsi pour M. Duguit qu'une « chimère », un « concept *a priori* », une « hypostase de l'âme humaine » et une « substantialisation d'un de ces prétendus attributs ». Malgré ces épithètes et malgré le désir de M. Duguit de « bannir cette vieille notion de la science juridique », il ne peut s'en dispenser. Seulement il lui donne un autre nom : au lieu de l'appeler droit subjectif, il l'appelle *situation subjective de droit*. Il est vrai que M. Duguit proteste contre une telle assimilation ³. Mais nous verrons plus loin qu'il ne s'agit que d'une seule et même chose.

La question du droit subjectif dans la conception de M. Duguit est strictement rattachée à la théorie générale du droit. On ne peut donc passer à son étude sans envisager, au moins succinctement, cette théorie du droit. D'ailleurs c'est une observation générale, car chez chaque auteur l'analyse approfondie du droit subjectif est en liaison étroite avec sa conception philosophique sur l'objectivité du droit.

Nous voulons ajouter à ce mot d'introduction l'admiration que nous avons pour la netteté et la sincérité avec lesquelles M. Duguit traite ce problème ; de même, la reconnaissance pour la richesse de renseignements qu'il met à notre disposition ⁴.

1. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 143.

2. Duguit, *ibid.*, p. 126.

3. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, pp. 174 et 183 ; *Traité de dr. constit.* I, pp. 437-441.

4. Ouvrages consultés. Léon Duguit : *Le Droit constitutionnel et la sociologie*, Armand Colin et Cie, Paris, 1889 ; *Etudes de droit public*, I, *L'Etat. Le droit objectif et la loi positive*, Anc. libr. Thorin et fils, Albert Fontemoing, Paris, 1901 ; *Etudes de droit public*, II, *L'Etat. Les gouvernants et les agents*, Libr. Albert Fontemoing, Paris, 1903 ; *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat* (Conférences faites à l'Ecole des Hautes Etudes sociales), Félix Alcan,

7. Le trait le plus caractéristique de la doctrine de M. Duguit est *d'avoir voulu constituer toute la science du droit sur l'observation des faits*. C'est ce qu'il appelle la *méthode réaliste*.

«... le réalisme n'est ni une école, ni une doctrine ; il est une méthode, la seule méthode féconde, la seule méthode scientifique dans quelque ordre de connaissances que ce soit. Il faut observer les faits, les analyser et en faire la synthèse.

Pour étudier le droit, il faut faire avant tout des observations sociales et abandonner toutes les vieilles conceptions métaphysiques sans valeur connue, sans réalité¹. »

Donc, M. Duguit veut constituer une *science positive ou réaliste du droit*.

Il part de l'idée de *solidarité ou d'interdépendance sociale*, qui est la structure sociale même et qui n'est qu'un simple fait soumis à l'observation².

8. A la base de cette solidarité sociale se trouve *la norme sociale*. Celle-ci est *une loi de but* et elle a pour objet de coordonner et de limiter le vouloir des individus formant le même groupement social, en vue de leur développement

Paris, 1908 ; *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* (Conférences faites à Buenos-Ayres aux mois d'août et de septembre 1911), Félix Alcan, Paris, 1912 ; *Les transformations du droit public*, Armand Colin, Paris 1903 ; *Traité de droit constitutionnel*, t. premier, 3^e éd. Anc. libr. Fontemoing et Cie., E. de Boccard succ., Paris, 1927 ; *Les doctrines juridiques objectives* (extrait de la *Revue de Droit public et de la Science politique*, octobre-décembre 1927), Marcel Giard, Paris, 1927.

Ouvrages d'appréciation critique de : MM. Ripert, Génv, Hauriou, Le Fur, Renard, Bonnet, Bonnard, Charmont, Cuhe, Davy, Cantacuzène, Politis, René Capitant, M^{lle} Piot, Dabin. Les titres des écrits de ces auteurs se rencontrent au cours du présent livre.

1. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* (sixième conférence, p. 176).

2. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* (deuxième conférence), p. 26.

et de leur vie en commun. La méconnaissance de cette norme sociale de la part d'un des membres du groupe attire la réaction de celui-ci¹.

La norme sociale n'est pas un tout homogène. Elle est un faisceau de *normes économiques*, de *normes morales* et de *normes juridiques*. Les dernières sont les plus importantes, quoique elles soient dérivées des deux premières catégories.

9. Cette transformation des normes morales ou économiques en normes juridiques a lieu au moment où la conscience chez la masse des individus composant le groupe considère qu'elles sont indispensables pour le maintien de la solidarité sociale et qu'il est juste de les sanctionner par une action². En effet, le caractère propre des normes juridiques ou des règles de droit est d'être obligatoire. Mais elles n'ont une sanction juridique que par la loi positive³. Celle-ci assure le respect des règles de droit par la contrainte sociale. Voilà comment M. Duguit caractérise la loi : « Dès lors, la loi positive ne peut être conçue que comme un mode d'expression de la règle de droit. Le législateur ne la crée pas, il la constate ; et la loi positive ne s'impose que dans la mesure où elle est conforme à cette règle⁴. »

Le législateur n'a pas un rôle supérieur à celui de la coutume ou de la jurisprudence⁵.

La règle de droit est indépendante dans son existence de toute intervention de l'Etat. De même, elle reste en dehors de la métaphysique⁶. M. Duguit désavoue par là l'étatisme ; mais il renonce en même temps à toute recherche sur le

1. Duguit, *Traité de dr. constit.* t. I, pp. 79 et 81.

2. Duguit, *ibid.* pp. 125 et 144.

3. Duguit, *Les transf. du dr. public*, p. 80.

4. Duguit, *Traité de dr. constit.*, I, p. 171.

5. Duguit, *ibid.* p. 171.

6. Duguit, *ibid.* p. 97.

fondement d'une règle de droit absolu¹. En cela, M. Duguit reste strictement positiviste. Il ne nie pas la possibilité d'une existence au delà du phénomène, mais il dit que, humainement, on ne peut connaître que celui-ci. Il professe donc *l'agnosticisme*.

La règle de droit de M. Duguit n'est pas quelque chose de permanent. Elle change toujours d'aspect, suivant la marche de la société².

10. Une telle conception ne peut consacrer l'existence du droit subjectif. Car celui-ci doit être considéré ou comme une concession de la loi (doctrine étatiste) ou comme ayant sa source dans le droit naturel et étant consacré par la loi (doctrine du droit naturel). Or, M. Duguit ne reconnaît ni l'un ni l'autre, comme nous le verrons un peu plus bas.

La négation du droit subjectif chez M. Duguit ne présente au commencement qu'un seul chef : *la lutte contre l'individualisme* ; plus tard, elle en présentera un second : *la critique de l'essence métaphysique du droit subjectif, qui est la volonté*³.

Voilà ce que M. Duguit dit dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (1901), qui est son premier ouvrage de grande envergure et où il attaque pour la première fois la question du droit subjectif.

« Mais cette doctrine [la conception *a priori* des droits naturels subjectifs] n'est pas moins fausse et contraire aux besoins et aux aspirations des sociétés modernes. Elle est fausse en soi, parce qu'elle part d'une hypothèse indémontrée et indémontrable, l'homme naturel et isolé, parce

1. Duguit, *Traité de droits constitutionnels* t. I. p. 126.

2. « Notre règle de droit n'est point un idéal, mais un fait. Elle est essentiellement changeante comme les sociétés humaines ; elle dérive de leur structure infiniment variable ; c'est dire qu'elle varie avec les formes de vie si diverses que nous présentent les sociétés humaines » (L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, p. 9).

3. Voir sur ce point, Roger Bohnard, Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine, *Rev. du Dr. pub. et de la Sc. pol.* Année 1929, pp. 16 et 17 ; François Gény, *Science et technique en droit privé positif*, IV, pp. 175 et s.

qu'elle voit dans la société un fait secondaire et volontaire, quand la volonté est un fait primaire et spontané, parce qu'elle n'aperçoit qu'un seul élément de la nature humaine, l'élément individuel ; or, l'homme est à la fois individuel et social, et ces deux caractères sont absolument inséparables et forment l'homme même. La doctrine individualiste est contraire aux aspirations et aux besoins modernes, parce que l'homme moderne a précisément la conscience claire de son double caractère individuel et social. » (p. 143.)

MM. Ripert¹ et Gén²y² rejettent cette critique, en montrant que droit subjectif ne veut pas dire individualisme outré et antisocial. Nous aussi nous le montrerons dans ce que nous appelons *la doctrine de la réalité du droit subjectif*. Si l'exercice d'un droit dépasse sa limite normale, les idées de responsabilité civile et d'abus du droit entrent en jeu.

Mais la critique du doyen Duguit qu'on rencontre dans ses ouvrages postérieurs, ayant comme dernière expression celle donnée dans son fameux *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd. tome I, de 1927, a pour objet *l'essence même du droit subjectif*. De 1901 jusqu'en 1927, M. Léon Duguit a beaucoup médité sur cette question du droit subjectif. Sa première critique lui a paru insuffisante. Le droit subjectif représentait à ses yeux un élément métaphysique, contraire à son système réaliste. Il fallait donc le supprimer. En lisant ce volume, on a l'impression que cette suppression est la préoccupation principale de l'auteur et que le reste peut être laissé sur le deuxième plan. Dès le commencement (p. 3), il nous fait connaître son intention :

« Eliminer tout ce qui n'est pas un fait directement cons-

1. Georges Ripert, Abus ou relativité des droits, *Rev. critique de législation et de jurisprudence*, année 1929, p. 62.

2. François Gén²y, *Science et technique*, IV, pp. 175 et 176.

taté, éliminer notamment la notion purement métaphysique de droit subjectif, c'est-à-dire le pouvoir d'une volonté de s'imposer comme telle à d'autres volontés, voilà la condition indispensable pour déterminer pratiquement et positivement le domaine du droit. C'est l'effort que je fente. Au lecteur de dire si j'y ai réussi. »

Pour M. Duguit, le droit subjectif, même s'il existe, reste *un problème insoluble*, car il ne peut être fondé que sur la volonté. Or, dit-il, *la volonté* est une notion métaphysique, donc indémontrable¹. Pour l'esprit réaliste de M. Duguit tout ce qui est étiqueté de *métaphysique* est inabordable. Et il continue : « Le droit subjectif implique une *hiérarchie de volontés*, car il met en présence deux volontés dont l'une est supérieure à l'autre. » Cette hiérarchie est une nouvelle notion métaphysique, laquelle ne peut pas être connue.

Le droit subjectif n'est qu'une abstraction sans réalité. Il ne résiste aux diverses attaques que *grâce à son armature romaine*. En parlant de la doctrine traditionnelle d'après laquelle il résulte un droit subjectif à la réparation pour la victime d'un délit ou d'un quasi-délit civil et de l'article 1370. C. civ., M. Duguit caractérise cette doctrine d'*absurde*. Il suit en cela Auguste Comte, qu'il cite lui-même, et qui considère *le droit subjectif comme immoral et anarchique*.

Le savant auteur, M. Léon Duguit, ne veut pas rester dans la théorie pure et il essaye d'illustrer ses idées par des applications. Ainsi il nous parle² de la possibilité pour le *syndicat*, constitué conformément à la loi du 21 mars 1884, d'exercer en cas de délit au nom de ses membres l'action en réparation sans que le syndicat soit préjudicié comme tel. C'est le cas de l'article 2 de la loi du 5 août 1908, con-

1. Duguit, *Traité de dr. constit.*, 3^e éd. I, p. 15.

2. Duguit, *ibid.*, pp. 252 et s.

cernant la défense des intérêts généraux de l'agriculture et du commerce. M. Duguit voit dans la possibilité d'agir du syndicat une preuve que le délit ne donne pas naissance à un droit subjectif au profit de la victime. Car si un tel droit existait, il ne pourrait pas être exercé par le syndicat. Mais M. Gény lui répond, d'une façon très juste¹, qu'il y a des cas où l'exercice d'un droit est confié à d'autres qu'à celui qui en est le titulaire. On dit la même chose des articles 30 et 47 de la loi du 29 juillet 1881 qui concerne les poursuites en cas d'injure ou de diffamation envers les cours, tribunaux, armées de terre ou de mer, les corps constitués et les administrations publiques, non pourvus de personnalité juridique.

De même, M. Duguit trouve une preuve de la non-existence du droit subjectif dans les arrêts rendus par la Cour de Cassation dans lesquels celle-ci décide que le concordat n'est pas opposable à la victime d'un quasi-délit commis par le failli pour le cas où cette victime a intenté l'action en réparation avant la faillite et que la condamnation n'a eu lieu qu'après le concordat. M. Duguit dit que si un droit subjectif naît du quasi-délit le concordat devrait lui être opposable. Mais nous répondons que c'est seulement au moment de la condamnation qu'il est valorifié. Et d'ailleurs le système de la Cour de Cassation est critiqué par MM. Gény² et Lyon-Caen³.

Ensuite, M. Duguit parle des *actions possessoires*. Il se demande comment il est possible d'expliquer ces actions qui n'ont pas à la base un droit subjectif, car la possession, par définition, n'est qu'une situation de fait. Il propose sa théorie : situation de fait reconnue par le droit objectif.

1. Fr. Gény, *Science et technique*, IV, pp. 184 et 185.

2. Fr. Gény, *ibid.*, p. 185.

3. Lyon-Caen, *Note* sous l'arrêt de la Cour de Cassation du 11 avril 1907, S. 1907, I, 433.

M. GénY lui répond d'abord que tous les civilistes reconnaissent comme fondement de la possession un *jus possessionis*¹ ; ensuite, que tous les droits subjectifs découlent des faits.

Il nous reste un dernier exemple proposé par M. Duguit : c'est celui de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation qui, fondée sur les lois du 9 décembre 1905 et du 2 janvier 1907, met *des voies de droit à la disposition du curé orthodoxe et des fidèles catholiques pour assurer l'affectation des églises au culte catholique*. L'auteur dit que bien qu'on ne puisse trouver ni le sujet de droit ni le droit subjectif dont il s'agit ici, il existe pourtant des voies de droit, ce qui serait une preuve de l'inexistence du droit subjectif. Mais nous croyons que cela résulte de la situation spéciale créée par la loi du 9 décembre 1905 (art. 12) et complétée par la loi du 2 janvier 1907 (art. 5). En effet, d'une part c'est l'Etat qui est le propriétaire de l'édifice affecté au culte ; d'autre part c'est la communauté religieuse qui a toute la jouissance et qui dispose des voies de droit pour se l'assurer. Au fond, c'est cette communauté religieuse qui est le sujet de droit et qui lutte pour s'assurer le libre exercice du culte. A propos de cette question M. GénY² constate que les droits subjectifs présentent des formes variées, ce qui n'est pas une preuve de leur inexistence.

Ainsi, d'après M. Duguit, il n'y aurait pas de droit subjectif ni comme suite d'un acte de volonté conforme au droit subjectif, ni comme une consécration de la loi. M. Duguit ne laisse qu'une seule possibilité à l'existence du droit subjectif : c'est le cas où il aurait une origine transcendante.

« On peut concevoir l'existence d'un droit subjectif au

1. Voir, par exemple, Ihering, *l'Esprit du droit romain*, trad. O. de Meelenaere, 3^e éd., t. IV, pp. 351-353.

2. GénY, *Science et Technique*, IV, p. 186.

profit d'une volonté supra-humaine ; on peut concevoir un droit subjectif conféré à l'homme par un être supra-terrestre »¹. *Mais cette possibilité n'existe qu'en pure logique pour un système réaliste comme le sien.* D'ailleurs ici encore, M. Duguit suit le grand maître du positivisme, Auguste Comte².

11. Qu'est-ce que M. Duguit met à la place du droit subjectif ? C'est *la situation juridique subjective*, ainsi que nous l'avons vu plus haut. La norme juridique, sociale par son origine, s'individualise dans son application. Elle crée des situations juridiques subjectives. Celles-ci, affirme M. Duguit, restent toujours objectives, comme la norme elle-même, malgré leur caractère individuel³. Ainsi ce que M. Duguit veut faire c'est *la substitution de l'objectivisme au subjectivisme*.

Cette situation juridique subjective ressemble beaucoup au droit subjectif. En effet, elle a à la base un acte de volonté. Voilà ce que M. Duguit dit lui-même : « ... l'étendue et la portée de toute situation subjective est déterminée par la manifestation individuelle à la suite de laquelle elles apparaissent. Les situations juridiques subjectives qu'on peut donner comme exemple le plus net sont celles qui naissent à la suite d'un contrat »⁴. Et dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, aux pages 174 et 183, il dit, d'une manière précise, qu'elle *résulte d'un acte de volonté individuelle*⁵. Dans cet ouvrage (p. 183), M. Duguit dit que la situation juridique subjective n'est pas un rapport entre deux sujets, ce qui constituerait la différence entre cette

1. Duguit, *Traité de dr. constit.*, I, p. 217.

2. Duguit, *Le droit social, le droit individuel. et la transformation de l'Etat*, p. 17

3. Duguit, *Traité de dr. constit.* I, r. 223.

4. Duguit, *ibtd.*, p. 313

5. Voir notre ouvrage, pp. 38-39.

notion et celle du droit subjectif. Dans le *Traité de droit constitutionnel* (I, p. 438), M. Duguit s'est beaucoup rapproché de la conception du droit subjectif car il affirme que, pas toujours, mais assez souvent, la situation juridique subjective consiste dans un rapport entre deux sujets de volonté. Et le seul exemple qu'il nous donne de l'inexistence de ce rapport est celui de la fondation¹.

Les situations juridiques subjectives sont la concrétisation de la règle de droit. Elles impliquent l'idée de solidarité sociale. Donc, d'après la conception de M. Duguit, elles ne peuvent pas consacrer des pouvoirs de l'homme sur l'homme, mais elles sont *de simples fonctions sociales*. Personne ne possède de droits ; tout le monde a des devoirs. L'action n'est pas la sanction d'un droit, mais de la norme juridique objective. Et si le créancier non payé arrive, par l'office des agents publics, à forcer le débiteur à payer, ceux-ci agissent pour faire respecter la norme juridique.

La propriété qui pour nous est le droit subjectif le plus absolu, n'est pour M. Duguit qu'une *utilité*, une *richesse*. Son régime sera réglementé de telle manière qu'elle pourra devenir une fonction sociale par excellence. On ne lui accorde même pas la qualité de situation juridique subjective. Elle est une simple situation objective de droit, c'est-à-dire une situation légale.

1. « Sans doute, la situation juridique subjective apparaît bien souvent sous l'aspect d'un rapport entre deux sujets de volonté, dont l'un peut exiger de l'autre l'accomplissement d'une certaine prestation. Mais bien aussi une situation subjective peut exister sans qu'on puisse trouver un sujet actif pouvant exiger la prestation. Il en est ainsi toutes les fois qu'une prestation déterminée doit être accomplie en vue d'un intérêt collectif reconnu légitime par le droit objectif, toutes les fois, notamment, qu'intervient l'acte juridique appelé fondation au sens général, c'est-à-dire une déclaration de volonté tendant à faire naître une obligation d'affectation de richesse à un but collectif » (*Tr. de dr. constit.* I, p. 438).

Critique de la doctrine négative de M. Duguit.

12. D'abord nous porterons notre critique sur le fondement même de ce système réaliste.

Il est bâti entièrement sur la norme sociale et sur la règle (norme) de droit. Or M. Duguit n'a jamais pu démontrer que la norme sociale est la seule loi qui régit la vie de la société. Elle n'est *qu'une loi*, certes, assez importante, mais pas la seule. M. Cuche met à côté d'elle une autre loi très importante : *la loi de la concurrence vitale*¹. Celle-ci aurait un rôle tout aussi précieux, puisqu'elle donne la possibilité de faire la sélection des êtres les mieux doués. M. Duguit a transformé par cela l'interdépendance dans un postulat métaphysique, car c'est quelque chose qui dépasse l'observation. Et c'est un postulat qui n'a pas la chance de se maintenir parce que les faits le contredisent.

L'auteur a senti lui-même la faiblesse de ses arguments. En effet, voilà ce qu'il dit dans *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, à la page 8, (1^{re} conférence) :

« Les hommes sont donc soumis à une règle sociale fondée sur l'interdépendance qui les unit. Cette règle, il faut nécessairement qu'elle existe. *Si l'on en contestait le fondement, je n'hésiterais pas à la postuler comme disent les philosophes. De même, qu'Euclide a fondé tout son système de géométrie sur le postulat de parallèles, de même, l'homme moderne peut-il fonder tout le système politique et social sur le postulat d'une règle de conduite s'imposant à tous* ».

De même, la règle de droit n'a que *l'apparence de*

1. Paul Cuche, *Conférences de Philosophie de Droit*, Dalloz, Paris, 1928, pp. 56-57.

l'objectivité. En effet, elle est fondée sur deux sentiments : celui de la solidarité et celui de la justice¹. Tous les deux résultent de la majorité des consciences individuelles. Or il n'y a rien de plus susceptible d'erreur et de fluctuation que ces deux sentiments, nés dans de telles circonstances. On ne voit aucune base rationnelle pour leur servir de support. A ce point de vue, le système de M. Duguit peut être considéré comme représentant un *psychologisme juridique*. Donc, ce système réaliste pèche par sa base même².

Il présente aussi beaucoup de brèches en introduisant des notions métaphysiques, comme celles de « valeur sociale », de « fonction sociale », etc. Au contraire, il méconnaît des réalités sociales et juridiques, par exemple celle de droit subjectif. Pour un positiviste le droit subjectif peut apparaître à la rigueur comme la création de la loi. Si on veut faire une part à la volonté, on n'est pas obligé de voir dans celle-ci une notion métaphysique, comme l'a fait M. Duguit, mais l'étudier simplement d'après les lois et les méthodes de la psychologie, qui devient de plus en plus une science positive.

Une autre critique faite à la solidarité sociale c'est qu'elle ne nous fournit pas des directives pour tous les domaines du droit, par exemple pour le régime successoral, hypothécaire, etc.³.

Mais il y a encore des observations concernant la nature du droit subjectif. Et nous croyons que si on'en tenait

1. C'est le dernier aspect de la pensée de M. Duguit, exprimée dans le *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édit. Dans ses travaux antérieurs il n'avait donné toute l'importance qu'au sentiment de solidarité. C'est une chose sur laquelle l'auteur lui-même attire notre attention.

2. Cf. les ouvrages cités de MM. Gény, Le Fur, Cuche, Dabin, M^{lle} Piot et Ernest Roguin (*La science juridique pure*, 3 tomes, F. Rouge, Lausanne et Libr. gén. de droit et de jurisp., Paris, 1923).

3. Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, p. 261.

compte on ne pourrait plus poursuivre la lutte contre le droit subjectif. D'abord nous tâcherons de montrer, un peu plus loin, la possibilité et même la nécessité des recherches métaphysiques. Trouver pour les droits subjectifs un fondement supérieur à la vie mouvementée et changeante c'est leur donner la meilleure assise, car on proclame leur existence intangible. Pourtant nous admettons qu'un positiviste comme M. Duguit ne puisse accepter cela. Mais, attribuer à la volonté un caractère métaphysique et transformer ainsi la nature du droit subjectif pour nier ensuite son existence, c'est une chose qui nous paraît impossible. Ce qui importe au droit ce n'est pas la volonté comme *substance*; car, si on avance sur cette pente, toutes les notions fondamentales peuvent être considérées comme des substances et on tombe en pleine scolastique. Le droit s'occupe de la volonté comme *phénomène*, lequel appartient au domaine de la science et non pas à celui de la métaphysique. Il est étonnant que, malgré les progrès réalisés dans les trente dernières années par la *Psychologie expérimentale* dans les laboratoires et malgré l'envahissement du positivisme dans cette science spirituelle, M. Duguit soit resté à sa conception de 1901. Le très respecté professeur commet une grave inconséquence envers sa propre doctrine réaliste, car il nie une des réalités les plus palpables. Et d'ailleurs il ne pourra se dispenser de cette volonté, car il la donne comme fondement à sa situation juridique subjective. Dans *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, à la page 174, M. Duguit dit : « Cette situation juridique subjective *créée par un acte de volonté...* ». Et à la page 183 du même ouvrage : « ... elle [la situation juridique subjective] *résulte d'un acte de volonté individuelle et elle consiste en ce qu'une certaine volonté individuelle* pourra être contrainte direc-

tement ou indirectement à accomplir un agissement déterminé en ce que nul ne peut s'opposer à la réalisation de l'effet particulier voulu. »

Nous nous demandons : Pourquoi la volonté est-elle une notion métaphysique seulement au cas du droit subjectif et non pas quand il s'agit d'une situation juridique subjective? La vérité est que dans le cas du droit subjectif c'est bien à la *volonté phénomène* que nous avons à faire. Aucun positiviste ne peut l'ignorer. Le droit subjectif ne sera donc pas en contradiction avec une telle doctrine.

En continuant notre examen, nous constatons que M. Duguit voit dans le rapport établi par le droit subjectif entre les volontés des sujets *une hiérarchie de volontés*. Or cette hiérarchie de volontés est pour lui une nouvelle idée métaphysique.

M. Paul Cuhe écarte cette objection. Il nous montre qu'il n'y a pas de système plus contraire à cette idée de hiérarchie que celui qui fonde le droit subjectif sur l'autonomie de la volonté¹. Car le contrat, qui est la source la plus féconde des droits subjectifs, suppose l'égalité des volontés. M. Cuhe fait remarquer qu'il ne s'agit pas ici d'une hiérarchie de volontés, mais d'une hiérarchie d'intérêts et que cette hiérarchie d'intérêts se trouve aussi dans la situation juridique subjective de M. Duguit². A la rigueur, on peut objecter à celle-ci qu'elle comprend également une hiérarchie de volontés. D'ailleurs il nous semble que M. Duguit a trop négligé *l'idée d'intérêt*, qui forme le contenu du droit subjectif. La volonté est un élément indispensable du droit subjectif, car elle est le moyen par lequel l'homme atteint ses buts, réalise les intérêts que la loi considère comme nécessaires au développement de

1. Paul Cuhe, *En lisant les juristes philosophes*, Libr. J. de Gigord, Paris, 1919, p. 22.

2. Paul Cuhe, *Conférences de Philosophie du Droit*, 3^e conférence : « Réalisme et conceptualisme juridiques », pp. 91-93, Libr. Dalloz, Paris, 1928.

l'homme. Mais une volonté pure, vide de tout but à atteindre, est un non-sens. On agit pour réaliser *quelque chose*. *L'intérêt permis par la loi c'est justement ce quelque chose vers lequel la volonté se dirige quand il s'agit d'un droit subjectif*. Nous nous permettons de croire que M. Duguit a trop insisté sur la notion de volonté qui entre dans la composition du droit subjectif et presque pas du tout sur l'idée d'intérêt. Le déséquilibre qui est intervenu entre les deux éléments a entraîné la chute fatale du droit subjectif.

M. Duguit a mis à la place des droits subjectifs *un système de devoirs*¹. Or M. François GénY, à juste raison, lui fait cette objection que cette notion de devoir présente un caractère métaphysique². Car, dit M. GénY, rien dans la nature ne nous montre *qu'on doit faire quelque chose, accomplir un devoir*.

Ce n'est pas la seule notion métaphysique qui s'est glissée doucement dans le système réaliste de M. Duguit. Nous en avons indiqué d'autres à propos de sa théorie générale du droit. Et puis, de l'aveu même de M. Duguit, cette notion de devoir n'est pas valable pour tous les cas, par exemple quand il s'agit de l'assistance sociale au profit des vieillards et des incurables. Dans ce cas, on fait appel à un sentiment, celui « de la pitié pour la souffrance humaine » et non pas à l'idée de devoir.

13. L'impression qui se dégage pour nous, après avoir étudié l'œuvre savante de M. Léon Duguit, est la suivante :

L'auteur de ce système a voulu établir une règle de droit indépendante de l'Etat et en même temps indépendante de toute conception métaphysique. Il a voulu rester strictement positiviste et en même temps pouvoir rêver à

1. Voir surtout : *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, pp. 14, 24, 28. On y trouve quelques passages très suggestifs.

2. *Science et technique en droit privé positif*, t. II, pp. 268-269.

un certain idéal de droit. Si M. Duguit avait considéré l'Etat comme un fait et la loi comme ayant sa source en lui, il aurait pu se dispenser de toute métaphysique. Mais il ne l'a pas fait et en cela il a vu juste. Il lutte de toutes ses forces contre l'étatisme. Pour cette raison, l'individu n'est plus maître de sa situation d'après la conception de M. Duguit. Il n'a pas de droits subjectifs; il ne se trouve que dans des « situations subjectives de droit », imposées par la règle juridique. Toute son activité ne se réduit qu'à accomplir des « fonctions sociales ». M. Duguit a ainsi le tort de remplacer la réalité des choses par des artifices. Des auteurs, comme M. Ernest Roguin¹, qualifient sa doctrine d'« anarchiste » et la rapprochent de celle des bolchevistes. Sans aller si loin, nous regrettons que M. Duguit n'ait pas reconnu franchement le caractère métaphysique de sa règle de droit. Tout son système aurait pris un autre aspect. Cette règle n'aurait pas été toujours changeante, mais elle aurait eu quelque chose de permanent, élément essentiel à toute science. On aurait reconnu à l'individu de vrais droits subjectifs et non pas ces artifices incohérents qu'on appelle situations subjectives de droit. Il y aurait eu un idéal de droit, sans lequel l'humanité ne peut pas vivre. Le système n'aurait pas présenté ces contradictions entre son caractère réaliste et les notions métaphysiques qui se sont introduites par des portes latérales. Tout cela résulte du fait que M. Duguit n'a pas accepté franchement une conception métaphysique et qu'il a laissé subsister une « métaphysique non avouée », comme le dit M. Gén^y².

Pour finir la critique faite à la doctrine de M. Léon

1. Ernest Roguin, *La science juridique pure*, t. I, pp. 509 et 511.

2. Gén^y, *Science et technique*, t. II, p. 270.

Duguit, qui nie le droit subjectif, nous nous demandons s'il est dans l'intérêt de l'humanité de remplacer le vieux système des *droits subjectifs* par celui des *fonctions sociales*?

Nous répondons sans hésitation *non*. Seuls les droits subjectifs donnent la possibilité du complet développement de notre personnalité par l'idée de liberté qu'ils impliquent. Or ce développement de l'individu est à la base du progrès social¹. Le travail de l'homme, donc les moyens d'existence, augmentent dans la mesure où il dispose de plus de liberté sans nuire au voisin. Le système des fonctions sociales est beaucoup moins fécond en résultats. Pour la plupart des hommes, il ne paraîtra que comme une nouvelle forme d'esclavage.

Le droit subjectif reste ainsi pour nous une réalité qui ne peut être écartée.

§ II. — SYSTÈME DE M. I. DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI

14. M. I. de Koschembahr-Lyskowski substitue au système des droits subjectifs celui d'un ensemble objectif des règles de conduite.

— **15.** Critique de cette nouvelle théorie.

14. Une autre contribution à la théorie qui nie le droit subjectif est apportée par M. le professeur I. de Koschembahr-Lyskowski, auteur d'un projet de code civil polonais. Il l'a exposée dans deux conférences faites à la Faculté de Droit de Paris et répétées à Nancy, au mois de mars 1928. Ces deux conférences ont été publiées dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, t. XXVII, année 1928, pp. 552-578.

M. de Koschembahr-Lyskowski déclare, dès le com-

1. Voir sur la même question : Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, 2^e édit. Libr. Arthur Rousseau, Paris, 1922, pp. 53-54 ; Gaston Richard, La sociologie juridique et la défense du droit subjectif, *Revue philosophique de la France et de l'Etranger*, t. LXXIII, janvier-juin 1912, p. 247, Libr. Félix-Alcan, Paris, 1912.

mencement, que la base de son projet, — qui est en même temps celle de sa pensée juridique —, est *la conception objectiviste*. Par ce trait il ressemble à M. Duguit. Et comme celui-ci, il arrivera à la même conclusion : *la négation du droit subjectif*. Seulement la voie qu'il suit est différente de celle du doyen de Bordeaux. M. Duguit fait une analyse minutieuse du droit subjectif et de ses éléments et rejette cette notion à cause de son prétendu caractère métaphysique. Il déclare que toute la pensée juridique est reliée à cette notion; mais elle est fausse et doit disparaître. M. I. de Koschimbahr-Lyskowski regarde les choses en historien. Il essaie de nous convaincre que cette notion n'a jamais existé : ni dans l'ancien droit grec, ni chez les Romains, ni dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789, ni dans le droit germanique, ni dans la doctrine moderne de Savigny. Nulle part on ne rencontre le droit subjectif!

Quelle est alors sa source?

« A ce qu'il paraît, dit M. de Koschimbahr-Lyskowski, il est d'origine purement doctrinale, issu d'une doctrine fausse, sans valeur et même contraire aux éléments essentiels du droit. Peut-être s'explique-t-il par un grand malentendu historique, chose qui eut lieu, maintes fois, dans l'histoire de l'humanité en produisant presque toujours des conséquences funestes. Aussi dans la science y a-t-il parfois des suggestions. »

M. de Koschimbahr-Lyskowski oppose au système des droits subjectifs *l'ensemble objectif des règles de conduite*. La vie juridique doit avoir à la base non pas des droits subjectifs qui tendent vers l'absolutisme, donc vers la force, mais un régime de règles de conduite établi par la

loi. Il n'y aura plus de droit de propriété, de droit d'usufruit, de droit de créance, mais tout simplement la propriété, l'usufruit, la créance.

M. I. de Koschembahr-Lyskowski construit sa théorie sous l'influence des préoccupations sociologiques : ce qui l'intéresse ce sont *les buts économiques et sociaux*. Et il lui semble que le système des droits subjectifs va contre la réalisation de ces buts. Ainsi, il propose comme premier article d'un code civil polonais ce qui suit : « *Les dispositions de la loi sont la source des règles de conduite, qui obligent les gens afin que soient réalisés les buts sociaux et économiques.* »

Les arguments que M. de Koschembahr-Lyskowski apporte pour soutenir son système sont au nombre de deux : un argument *historique* et un argument d'ordre *pratique*.

Le premier affirme que l'histoire nous montre qu'il n'a jamais existé de droits subjectifs. Les Romains parlaient de *proprietas*, de *dominium*, de *creditum* et non pas de *jus proprietatis*, de *jus dominii*, de *jus usufructus*.

Quant au second, il consiste en ce que l'ensemble objectif des règles de conduite ferait plier plus facilement la volonté de l'individu à l'ordre juridique. Au contraire, dans le système des droits subjectifs l'individu serait porté à dépasser les restrictions imposées par la loi, en employant la force.

15. Voyons ce qu'on peut penser d'un tel système.

D'abord, M. de Koschembahr-Lyskowski ne nous indique pas le criterium pour établir *l'ensemble objectif des règles de conduite*. Il nous dit seulement que c'est la loi qui l'établit. Mais de quoi tient-elle compte ? Est-ce qu'on accepte les normes objectives de droit naturel ou une certaine morale ?

Ce qui semble le plus proche de la pensée de l'auteur c'est que les besoins sociaux donnent naissance à ces règles de droit, ce qui ne nous satisfait pas entièrement. Il nous fait ainsi l'impression d'adhérer aux théories étatistes, que nous allons examiner dans le paragraphe suivant en nous reportant à la théorie de M. Kelsen.

Ensuite, l'affirmation de M. de Koschimbahr-Lyskowski que le droit subjectif n'a existé dans aucune législation, ni dans le droit romain, ni dans la Déclaration de 1789, ni dans le droit germanique, est tout-à-fait contraire à la réalité. Tous les auteurs, y compris M. Duguit, reconnaissent que ces législations ont été bâties sur la notion de droit subjectif. M. Duguit dit, comme nous l'avons vu, que si le droit subjectif existe encore *c'est grâce à son armature romaine*. De même, on reconnaît que l'individualisme du Code civil français est dû au système de la Déclaration de 1789, qui consacrait les droits inhérents à la personne de l'homme. Enfin, comme garantie de l'existence future du droit subjectif, il y a les nouveaux codes : le Code civil allemand de 1900 et le Code civil suisse de 1910. M. Huber, l'auteur de ce dernier, montre la nécessité pour la vie moderne d'attribuer à l'individu les plus grands pouvoirs¹.

Une dernière observation : La distinction de M. I. Koschimbahr-Lyskowski manque de base car le droit subjectif comprend lui-même une règle de conduite. Autrement on ne pourrait pas comprendre quel est le sens du mot « droit »². Justement, il nous montre ce que la police juridique permet de faire ou de ne pas faire. Ainsi

1. V. Julien Bonnecase, *Science du Droit et Romantisme*, pp. 646-647, Sirey, Paris, 1928.

2. En ce qui concerne le rapport étroit qui existe entre la signification étymologique et la norme de conduite, voir l'intéressant passage qui se trouve aux pages 176 et suiv. de l'ouvrage de M. Alexandre Al. Volansky, *Essai d'une définition expressive du Droit basée sur l'idée de bonne foi*, Duchemin, Paris, 1930.

il ne sera pas contraire *aux buts économiques et sociaux*, comme le prétend l'auteur dont nous nous occupons et il ne conduira pas à la force.

Le système des droits subjectifs est le seul qui assure l'existence d'une vie juridique. L'expérience des milliers d'années passées sous ce régime nous le prouve.

§ III. — DOCTRINE ÉTATISTE DE M. Kelsen

16. L'Etat source du droit. — **17.** Le peu d'importance des droits subjectifs. — **18.** Critique de l'étatisme. — **19.** La doctrine de M. Kelsen représente une conception négative atténuée du droit subjectif.

16. Une théorie qui nie le droit subjectif d'une manière plus atténuée est celle de M. le professeur Hans Kelsen, de Vienne. Parmi les doctrines étatistes actuelle elle est, sans doute, la plus représentative.

Cette théorie a été exposée surtout dans *Allgemeine Staatslehre*, J. Springer, Berlin, 1925, et dans *l'Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, article publié dans la *Revue du Droit public et de la Science politique*, année 1926^{1,2}.

Ici, comme ailleurs, il est nécessaire de faire un court exposé de la pensée juridique de l'auteur pour mieux comprendre sa conception sur le droit subjectif.

M. Kelsen commence par faire une distinction fondamentale entre le monde physique (le *Sein*) et le monde social (le *Sollen*) : le premier est gouverné par des lois de cause (das *Müssen der Kausalität*), le second par des lois

1. N° 4, octobre-décembre, pp. 561-646.

2. Voir aussi Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, Paris, 1927, pp. 42 et s. ; Le Fur, *Le réalisme et le positivisme juridiques*, Cours d'Introduction à l'étude du Droit, professé à la Faculté de Droit de Paris pendant l'année scolaire 1928-29 ; Jacques Maury, Observations sur les idées du professeur H. Kelsen, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, t. XLIX, année 1929, pp. 537-653.

de fin ou des *normes* (das Sollen der Zurechnung). Le Droit est éminemment normatif. Il est créé par l'Etat, qui est supérieur aux individus puisqu'il est *essentiellement Puissance*. L'Etat est un système de normes juridiques et en même temps leur source. Il fixe le droit en vertu de la compétence des compétences qu'il a vis-à-vis de tout corps constitué. L'ordre juridique et l'Etat constituent la même et seule chose. On aboutit ainsi à un *panthéisme* ou *monisme juridique*¹.

Comme le fait remarquer M. Louis Le Fur², il est très vrai que l'Etat est un système de normes juridiques; mais il est faux de croire que ces normes sont créées par lui. Le système kelsenien serait un *positivisme formaliste*.

D'ailleurs il semble que M. Kelsen lui-même pourrait souscrire à cela, car il dit vers la fin de son *Aperçu*, à la page 603 de la *Revue du Droit public et de la Science politique*, de 1926 :

« En dehors de l'ordre étatique — et cette sphère que la théorie s'efforce de remplir avec des libertés individuelles est extérieur à l'ordre juridique — il ne peut y avoir de « droit », *sinon un droit naturel*³ ».

17. En ce qui concerne la question qui nous préoccupe particulièrement, celle des droits subjectifs, la solution donnée par M. Kelsen ne peut pas nous satisfaire entièrement.

D'après ce que M. Kelsen dit lui-même, il n'y aurait plus de dualisme : droit objectif — droit subjectif⁴. Il n'y a que des normes juridiques, groupées en système : l'indi-

1. Duguit, *Traité de dr. constit.*, t. I, p. 51.

2. Le Fur, *Le réalisme et le positivisme juridiques*.

3. Souligné par nous.

4. « Il est donc faux d'opposer le droit objectif d'une part et le droit subjectif de l'autre; le droit subjectif n'est que le résultat de l'application aux individus du droit objectif. Ainsi disparaît un dualisme funeste pour la science » (*Aperçu...*, *Rev. du Dr. pub. et de la Sc. polit.*, année 1926, p. 596).

vidu, les personnes morales, l'Etat. Mais l'Etat seul représente la personnification *totale* du Droit; les autres sujets de droit ne représentent qu'un ordre juridique partiel.

L'objectivisme kelsénien est poussé si loin qu'il est sur le point d'absorber les droits subjectifs des individus et des personnes morales. En effet, conformément à sa doctrine hyper-étatiste, l'individu ne peut avoir de véritables droits ni contre l'Etat, ni contre les autres hommes.

M. Kelsen ne s'attarde pas à nous donner des explications, mais nous pouvons les déduire de sa doctrine.

Contre l'Etat l'individu, pris à part ou en collectivité, ne peut avoir aucun droit puisqu'autrement l'Etat ne serait plus « essentiellement Puissance », ce qui constitue le point de départ de la théorie de M. Kelsen. Si on admettait même un nombre très restreint de droits de l'individu vis-à-vis de l'Etat, cela constituerait une brèche qui porterait atteinte à toute la maison étatiste.

Mais pourquoi l'individu ne peut-il avoir des droits à l'encontre de ses semblables? En effet, dans le domaine du droit privé notre liberté d'agir est très large. On y trouve le principe de *l'autonomie de la volonté*¹. La plupart de nos droits prennent naissance de l'exercice de cette volonté. En matière d'obligations elle forme la loi des parties. Ainsi l'article 1134-1° prévoit que « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Et pourtant M. Kelsen s'oppose à admettre l'existence du droit subjectif même dans le do-

1. Sur l'importance de ce principe, parmi tant d'ouvrages, voyez aussi l'étude récente de M. le professeur Georges Ripert, *Les limites de la liberté contractuelle*, pp. 8 et s., cours de droit civil approfondi et comparé pour le doctorat, Paris an. scol. 1929-30. De même, les très importants ouvrages suivants : René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Arthur Rousseau, Paris, 1911, pp. 147 et s. E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*; thèse, Dijon, Libr. Arthur Rousseau, Paris, 1912; Julien Bonnecase, *Supplément au Traité théorique et pratique du Droit civil par Baudry-Lacantinerie et autres collaborateurs*, tome II, pp. 476-520. Voir aussi notre étude, n° 43.

maine du droit privé. Dans son *Aperçu*, aux pages 574 et 575 de la revue précitée, il dit textuellement : « *Toute règle de droit établit par conséquent une obligation juridique, mais non pas un droit subjectif individuel*, ce qui est un autre aspect, plus étroit, du droit sous son aspect subjectif. » On peut aussi se reporter au passage que nous avons reproduit dans la note 4 qui se trouve à la page 47 de notre étude, où M. Kelsen nie l'existence d'un dualisme du droit objectif — droit subjectif.

Dans son ouvrage *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre*, mais surtout dans *Allgemeine Staatslehre*¹, M. Kelsen fait l'analyse du droit subjectif et montre que les deux éléments sur lesquels il peut être bâti, la *volonté* et l'*intérêt*, sont *des éléments métajuridiques*. En effet ils ne constitueraient pas le contenu du droit subjectif, car celui-ci n'en aurait pas. Le droit subjectif n'est qu'un moyen de protection des deux éléments, qu'une forme de leur réalisation.

La vraie raison pour laquelle M. Kelsen prend une telle attitude est très simple, croyons-nous : c'est pour rester logique jusqu'au bout et défendre ses théories étatistes. Car admettre des droits subjectifs privés signifierait limiter la toute-puissance de l'Etat. D'une part, l'Etat reconnaîtrait des situations juridiques acquises auxquelles il ne pourrait pas toucher ; d'autre part, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, l'Etat verrait la volonté individuelle se substituer à sa volonté législative, comme c'est le cas de l'article 686 C. civ. français en matière de constitution de servitudes ou de l'article 1134 C. civ. français en matière d'obligations.

Enfin, une fois admis les droits subjectifs privés, il serait presque impossible de ne pas admettre certains droits subjectifs publics et ainsi le système étatiste croulerait. Et pourtant nous croyons que M. Kelsen n'a pas

1. Voir Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, I, p. 57.

pu exclure complètement de son système la notion de droit subjectif. Ainsi, comme suite du passage cité un peu plus haut, nous trouvons dans son *Aperçu* les paroles suivantes :

« On ne peut parler de droit subjectif au sens technique du mot que lorsque, dans les conditions auxquelles la règle de droit attache une conséquence juridique, un individu, — qu'il faut supposer y avoir intérêt — fait une déclaration de volonté tendant à produire cette même conséquence de sorte que l'ordre juridique est, en un sens, mis à sa disposition contre l'obligé. » Et puis, la page 596 de son *Aperçu*, sous le titre *Les « droits subjectifs »*¹, M. Kelsen écrit :

« L'élaboration du droit constitue, en effet, — nous l'avons déjà indiqué et nous aurons plus loin à y revenir de façon plus précise — un procès au cours duquel la règle juridique, d'abord générale et abstraite, s'individualise et se concrétise graduellement.

Il y aura par suite aussi plusieurs catégories de droits subjectifs selon que l'acte créateur du « droit subjectif », en tant qu'acte de participation à l'élaboration du droit, donne naissance à une norme générale ou à une norme individuelle. »

Mais M. Kelsen voit le droit subjectif à travers le prisme de ses théories étatistes.

Prenons comme exemple la source la plus riche de droits subjectifs : *le contrat*. Voilà comment M. Kelsen considère la nature du contrat :

« C'est le cas-type du droit individuel subjectif; et cependant, ici encore, sous le nom de droit subjectif, on désigne évidemment un acte de participation à la « formation de la volonté étatique » à la création du droit.

1. Les guillemets sont mis par M. Kelsen.

Car, en quoi consiste cette « autonomie de la volonté » sinon en ceci que la loi délègue les parties contractantes, à l'effet de déterminer elles-mêmes le contenu des règles juridiques individuelles, autrement dit de poursuivre le procès de création du droit. » (*Aperçu*, ..., p. 599).

Donc, M. Kelsen reconnaît que le contrat est le cas-type du droit subjectif; mais, au lieu d'y voir la manifestation du principe de l'autonomie de la volonté des individus, il y voit la volonté étatique en train de se réaliser. C'est une singulière façon de voir! La volonté de l'Etat a comme point de départ les volontés individuelles et c'est impossible de méconnaître dans une telle mesure leur importance. Car leur degré de réalité est supérieur à celui de la volonté étatique. Et puis, l'Etat n'est pas une fin en soi. Il ne contient pas des normes objectives de droit. Il doit les chercher ailleurs. Et en ce cas les normes auront en vue les hommes eux-mêmes et non pas les Etats comme tels. Dans la conception libérale, particulièrement dans celle fondée sur les normes objectives de droit naturel, les droits subjectifs ne sont plus considérés comme une concession faite par l'Etat, mais ils s'imposent à lui.

M. Kelsen n'a pas pu échapper à la notion de droit subjectif puisque c'est une chose impossible. Cette notion est l'élément primordial sur lequel on a bâti toute la science du Droit. Il est absurde d'essayer d'en faire abstraction. Tous ceux qui ont fait des tentatives dans cette direction n'ont abouti à rien autre qu'à un changement de nom.

Nous sommes tout-à-fait d'accord avec M. Kelsen pour voir dans les diverses espèces de droits subjectifs la concrétisation et l'individualisation des normes générales du droit. Mais nous ne pouvons pas admettre que l'Etat soit l'*ultima ratio* de ces normes.

18. Comme on le verra plus loin, il y a des normes objectives de droit qui s'imposent à l'Etat. Ces normes existent même en dehors d'une organisation étatiste. Elles constituent ce qu'on appelle *le Droit naturel*.

La vraie critique de l'étatisme consiste justement à opposer ces normes de droit naturel à la conception que le Droit est identique à l'Etat. C'est une chose que nous ferons dans la suite. Pour le moment nous nous contentons de ne voir dans l'Etat *qu'un habile technicien du droit positif*. L'Etat est l'organisation sociale la plus parfaite, qui a comme but la réalisation du bien commun des citoyens. Il n'est pas une fin en soi, mais seulement un moyen. Dans son œuvre législative, il ne peut trouver l'inspiration dans soi-même, mais en dehors de lui, dans *un principe de Justice absolue*.

19. Pour revenir à la question du droit subjectif, nous voyons donc que par la voie du raisonnement on arrive à la négation du droit subjectif dans la doctrine étatiste du professeur Kelsen.

Par contre, cette doctrine reçoit des atténuations si nous envisageons la question de l'application de la règle de droit à la vie juridique.

Quelles sont ces atténuations que M. Kelsen apporte à la théorie négative du droit subjectif ? La plus évidente, d'après nous, consiste dans le fait qu'il admet cette notion au moins pour l'individualisation de la règle de droit. Oui, c'est entendu, le droit subjectif n'est pas une réalité en soi ; il ne peut s'imposer à l'Etat. Mais la règle de droit, dans ses applications, donne naissance à des situations juridiques qui s'appellent *droits subjectifs*. Il est vrai que cette expression est presque toujours mise entre guillemets par M. Kelsen. Probablement, elle lui semble suspecte ; mais il ne l'emploie pas moins.

Nous nous rappelons que M. Duguit refusait de donner ce nom à l'individualisation de sa règle de droit. Il faisait exclusivement usage de l'expression « situation juridique subjective ». De même, M. de Koschembahr-Lyskowski substituait au système des droits subjectifs celui d'un « ensemble objectif des règles de conduite ».

Donc, le fait que M. Kelsen emploie le terme de « *droit subjectif* » est pour nous une atténuation de la doctrine qui nie le droit subjectif, malgré l'étatisme exagéré de cet auteur. Voici un passage de son *Aperçu* :

« Par « droit subjectif », il faut entendre avant tout la règle de droit dans son application à tel ou tel individu, c'est-à-dire l'obligation juridique qui pèse sur lui d'adopter une conduite contraire à celle que sanctionne la contrainte instituée par la règle¹ ».

M. Kelsen va plus loin. Dans son *Aperçu*, il consacre tout un paragraphe à la question des droits subjectifs. Il fait des classifications, comme s'il s'agissait des réalités juridiques².

Notre conclusion est que si la doctrine de M. Kelsen est fermement négative dans sa partie théorique, elle l'est dans ses applications beaucoup moins que celle des deux auteurs précédemment étudiés, malgré son étatisme prononcé.

Section II. — Théories à base de technique

Paragraphe introductif. — § 1. Conception de M. René Demogue. — § 2. Conception de M. François Gény.

PARAGRAPHE INTRODUCTIF

20. Représentants de cette conception en France.

20. Avec la conception technique nous passons dans le domaine des partisans du droit subjectif.

1. *Rev. de Dr. pub. et de la Sc. polit.*, année 1926, p. 574.

2. Dans ce sens, voir le passage reproduit à la page 50 du présent ouvrage ; « L'élaboration..... ».

Il y a deux noms qui s'imposent en France quand on parle de *technique juridique*. C'est celui de M. René Demogue et celui de M. François Géný. Le premier a exposé sa conception technique du droit dans *Les notions fondamentales du droit privé*, livre paru en 1911 ; le second, dans *Science et technique en droit privé positif*, publication en 4 tomes, parus de 1914 à 1924, dont les idées importantes remontent à 1910¹, de l'aveu même de l'auteur.

§ I. — CONCEPTION DE M. RENÉ DEMOGUE

21. Exposé et critique de la doctrine de M. Demogue. Son pessimisme le conduit à une conception technique du droit subjectif.

21. D'après M. le professeur Demogue le rôle de la technique est de *faire passer une règle idéale de conduite en règle obligatoire*². Les idées techniques sont de vraies idées forces. Elles envahissent tout le domaine du droit et se transforment en principes ; ainsi il n'est pas facile de faire la distinction entre le fond du droit et sa technique³.

Ceci étant dit, voyons quel est le rapport qui existe entre la technique juridique et le droit subjectif.

M. Demogue ne repousse aucun des deux éléments qui constituent le droit subjectif, à savoir la volonté et l'intérêt⁴. Pourtant il nous fait l'impression qu'il met l'accent sur le dernier. Voir, entre autres exemples, ce qu'il dit à la page 201 et à la page 325 de son étude. Le rôle du droit serait de protéger certains intérêts. La réalisation de cette protection se fait *par l'idée de sécurité*. Mais ces intérêts ne sont que des rapports qui s'établissent entre les sujets

1. François Géný, *Les procédés d'élaboration du droit civil*, conférence faite en 1910 au Collège libre des sciences sociales.

2. René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 204, Arthur Rousseau, Paris, 1911.

3. René Demogue, *ibid.*, p. 335.

4. René Demogue, *ibid.*, p. 343.

de droit. Le grand rôle de la technique juridique est de déterminer quels sont les sujets de droit. Voici ce que l'auteur dit à la page 320 de ses *Notions fondamentales du droit privé* :

« Toute technique actuelle du droit consiste non pas à qualifier tel acte licite pour telle personne, mais à qualifier certains êtres de sujets de droit ».

Le droit subjectif ne reste ainsi, d'après l'expression même de M. Demogue, qu'un « vocable commode ».

Nous étudierons plus loin la question du sujet de droit. Pour le moment, nous nous contentons de dire que pour M. Demogue l'expression « sujet de droit » est synonyme de celle de « centre d'intérêt » et qu'elle n'est pas propre à l'homme, mais peut être étendue à un animal ou à une chose. Pourquoi toutes ces conclusions qui tendent à changer le caractère humain et social du droit ? Parce qu'on a poussé trop loin la technique. En effet, M. Demogue manifeste une opinion pessimiste quant à la possibilité de connaître le fondement du droit. Ce pessimisme l'empêche de donner une assiette au droit subjectif et de lui attribuer toute la vigueur d'une réalité juridique. Pourtant l'auteur n'hésite pas à reconnaître la nécessité pour le droit d'un idéal. Et alors il dirige ses efforts vers une technique habile qui pourrait déterminer, de la meilleure façon, les sujets de droits. Donc, l'absence d'une base sûre et la grande portée que cette conception donne à la technique réduisent la valeur de ce droit subjectif jusqu'à mettre en doute son existence même.

§ II. — CONCEPTION DE M. FRANÇOIS GÉNY

22. Exposé de la doctrine technique du droit subjectif de M. Génv.

— **23.** Sa critique. — **24.** Conclusion.

22. Une conception célèbre et d'actualité concernant la technique juridique est celle de M. Génv.

Le titre même de son dernier ouvrage capital, *Science et technique en droit privé positif*, est suggestif. Il oppose dès le commencement les deux notions fondamentales : le contenu et la forme du droit, c'est-à-dire la *Science* et la *Technique* de cette discipline. A la première correspond ce que M. Gény appelle *le donné*, à la seconde *le construit*. *Le donné* représente la partie naturelle du droit car il puise à la « nature des choses », à la vie sociale même¹. M. Gény distingue quatre sortes de donnés : les donnés réel, historique, rationnel et idéal. Malgré l'intérêt qu'ils présentent, ce n'est pas ici le lieu de nous en occuper.

Le construit c'est la partie artificielle du droit. Pourtant son rôle est très important car il fait œuvre d'adaptation du donné à la vie juridique. Le construit reste toujours soumis au donné.

Ce qui nous intéresse c'est de savoir comment M. Gény envisage la question du droit subjectif ?

Pour lui les notions de *droit subjectifs*, de *sujet de droit* et de *personne morale* sont de simples notions de technique. Elles ne surgissent pas de la nature des choses, mais sont de simples artifices². Comme telles, ces notions peu-

1. Gény, *Science et technique*, I, pp. 96-97

2. Voilà les propres paroles de M. Gény, dans les deux passages qui suivent : « Je crois nécessaire, quant à moi, de reprendre ici l'effort tenu trop témérairement pour vain ; et, serrant au plus près la notion de technique, que j'ai proposée naguère, je voudrais montrer que les concepts de sujet de droit, de droit subjectif, de personnalité morale, n'ont de valeur qu'en tant que moyens artificiels de l'élaboration juridique et que, cantonnés dans ce domaine, ils peuvent rendre de véritables services. » (*Science et technique*, III, pp. 218-219). ■

Et un autre passage, cité et analysé aussi par M. Duguit dans son *Traité de droit constitutionnel*, I, p. 35 :

« Ainsi apparaissent, dans leur formation successive pour l'esprit, les notions, intimement enchaînées, de sujet de droit, droit subjectif et personne morale.

Or, je dis que ces notions sont l'œuvre propre de l'esprit, constituent donc, en quelque mesure, un artifice humain, et doivent, par suite, rester cantonnées au domaine de la technique. De fait, les concepts de sujet de droit, de droit subjectif, de personne morale ne se rencontrent pas directement dans la nature des choses, et ne sont même pas indispensables pour traduire les réalités de la vie juridique. A cet égard, on peut être d'accord avec L. Duguit. Non pas, assurément, en ce sens, qu'il s'agirait de notions métaphysiques, à bannir comme telles, du champ de la science positive. Mais elles sont le résultat de l'abstrac-

vent changer d'aspect et être modifiées jusqu'au point de disparaître de la science du droit si des notions nouvelles, plus adéquates, se trouvaient pour les remplacer. Mais M. Gény les garde puisqu'elles sont *utiles*. Par leur élément rationnel, les notions de droit subjectif et de sujet de droit, mettent de l'ordre dans la diversité des situations juridiques. En même temps, elles constituent des idées forces propres à faire progresser le droit ¹.

Ces notions sont des constructions de l'esprit qui s'interposent entre le principe de la justice et la vie sociale. L'idéal du droit serait de réduire leur domaine et de mettre l'homme plus directement en présence de la justice ². Mais, jusqu'à ce moment-là, elles rendent de grands services.

23. Que faut-il penser du système de M. Gény ?

Nous regrettons que le sujet ne nous permette pas de pénétrer dans ce qu'il y a de plus essentiel dans le beau livre de M. Gény, à savoir le problème de « *l'irréductible droit naturel* ». Quelques réserves étant faites, on est plein d'admiration pour la manière savante et philosophique avec laquelle le doyen de Nancy traite le problème du fondement du droit. La spiritualité des temps nouveaux se dégage de son œuvre par la prise en considération de la croyance à côté de la science et par l'adoption de la *philosophie nouvelle*.

Mais nous ne sommes pas d'accord avec M. Gény en ce qui concerne la nature du droit subjectif. Il semble que M.

tion s'appliquant à réduire la complexité des phénomènes ; et l'abstraction reste œuvre humaine qui peut opérer de mille façons au regard d'une matière donnée.

Aussi la suppression hypothétique du sujet de droit, du droit subjectif, de la personnalité morale, telle que le propose L. Duguit, ne saurait-elle influencer directement sur l'attribution des pouvoirs reconnus par le droit objectif, non plus que sur la détermination de ceux qui en profitent et dont l'intérêt en fixe le contenu » (*Science et technique*, III, pp. 221-222).

1. Fr. Gény, *Science et technique*, III, pp. 225-226.

2. Fr. Gény, *ibid.*, pp. 256-257.

Gény soit très peu convaincu de la réalité des concepts en général. Il nous donne l'impression qu'il reçoit la doctrine conventionaliste de M. H. Poincaré, exprimée dans *Science et hypothèse* et *La valeur de la science*. En effet, M. Gény nous dit que pour établir la règle de droit plusieurs concepts se présentent à l'esprit, mais qu'on choisira le mieux doué¹. Ainsi se passent les choses avec les concepts de droit subjectif et de sujet de droit pour représenter certaines situations juridiques. Or, nous repoussons cette sorte de conventionalisme qui conduit à considérer les concepts dont nous nous occupons comme étant de simples artifices de l'esprit humain. Les droits subjectifs ont une origine beaucoup plus profonde. Leur racine est fixée dans cet *irréductible droit naturel* dont parle M. Gény, *dans le donné et non pas dans le construit*.

On a vu que le droit subjectif est l'élément le plus fondamental du droit. Nous avons employé cette expression, propre à nous, d'*atome juridique*. Dans son essence il n'appartient pas à la technique, c'est-à-dire à la forme du droit, mais au contenu. Par là, nous ne voulons pas nier le rôle de la technique. C'est par la loi, par la jurisprudence, par les traités internationaux qu'il pénètre dans la vie juridique. Mais ceux-ci ne font qu'œuvre de concrétisation.

Nous reconnaissons surtout qu'en matière de sujet de droit, et particulièrement concernant la personne morale, cette technique joue un rôle important. Car le droit subjectif prend des formes et des proportions diverses suivant que nous adoptons la théorie de la fiction, de la réalité ou que nous suivons les théories négatives des personnes morales. Mais la vérité est qu'il faut établir quelle est la réalité qu'on doit découvrir et sur laquelle on doit bâtir la théorie des personnes morales. Il n'y a qu'une seule voie juste. Et alors

1. Fr. Gény, *Science et technique*, IV, p. 197.

l'existence et la proportion du droit subjectif ne sont pas exclusivement en fonction de la technique, mais plutôt du donné juridique.

Autrement on arrive à une sorte de dégradation du droit subjectif. C'est une idée que M. Saleilles met en évidence :

« Nous n'avons d'ailleurs aucun intérêt à diminuer la valeur du droit subjectif ; et c'est ce que l'on fait forcément, en le réduisant à n'être qu'un procédé de technique, et non une réalisation juridique proprement dite ¹ ».

24. Comme conclusion, nous dirons que la technique — sous forme de technique législative et dans une certaine mesure de technique judiciaire —, joue un rôle assez important dans la vie du droit subjectif. Sous forme de lois, de traités internationaux et de jurisprudence, la technique législative et judiciaire donne une existence sensible au droit subjectif. Pourtant leur œuvre ne constitue qu'un habit extérieur pour le droit subjectif. Son existence est supérieure à cette œuvre constructive de l'esprit humain. La technique elle-même ne fera que suivre le pas des principes du droit qui proclament l'existence du droit subjectif. Et si elle n'obéit pas à ces principes ce sera une mauvaise technique qui ne durera pas longtemps. Par conséquent, sans méconnaître le rôle de la technique sur cette question, on ne peut pas proclamer sa suprématie.

Section III. — Théories qui confondent le droit subjectif avec l'action

25. Généralités ; doctrines. — **26.** Exposé de la théorie de Thon. — **27.** Une des critiques de cette théorie. — **28.** Conception de M. Joseph Barthélemy. — **29.** Observation commune aux deux théories. — Conclusion.

25. Une théorie qui se rapproche de la précédente est celle qui voit dans l'action la caractéristique ou, pour mieux

1. Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, 2^e édit., Arthur Rousseau, Paris, 1922, p. 602 en note.

préciser, l'existence même du droit subjectif. Nous considérons cela comme constituant le point commun entre cette théorie et la théorie technique proprement dite. En effet, le fond du droit appartient au donné juridique ; sa sanction, plutôt au construit. C'est une affaire de technique que de réglementer les conditions d'existence et d'exercice d'une action.

Cette théorie est illustrée par deux noms : ceux d'August Thon et de M. Joseph Barthélémy.

Le premier a publié un livre intitulé *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre¹ ; le second, sa célèbre thèse de doctorat : *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*².

26. Thon, suivant en cela Binding, déclare que toute norme et toute infraction à la norme sont du domaine du droit public³. En effet, la norme juridique consiste dans la protection d'un bien. Or cette protection est de son essence publique⁴.

En ce qui concerne le droit subjectif, Thon considère qu'on ne se trouve en présence d'un droit subjectif privé qu'au cas d'une infraction à la norme, qui met à la disposition de celui qui est lésé une action pour écarter cette contrariété à la norme. Thon déclare que sa théorie est tout-à-fait conforme à celle de *l'actio* romaine. Voilà l'application de cette théorie à l'obligation :

« L'obligation serait à définir d'après moi comme les engagements mis par la police (l'ordonnancement) juridique à la charge des personnes particulières et destinée,

1. Herman Bohlau, Weimar, 1878.

2. Libr. de la Soc. du Rec. gén. des lois et des arrêts, Paris 1899.

3. *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, p. 109.

4. *Ibid.*, pp. 216-217.

comme toute protection de droit, à la protection d'un intérêt. *L'obligation ne devient droit privé que dans la mesure où, au cas de sa non-exécution, un droit à l'action est donné à l'intéressé pour l'obtenir*^{1, 2} ».

L'auteur examine ensuite les divers droits subjectifs privés (pp. 216-218) et il arrive à la conclusion qu'à la base de chacun il y a un intérêt protégé par la police juridique (*Rechtordnung*). Cette protection ne peut avoir la qualité d'un droit subjectif que dans la mesure où une action (*Anspruch*) est accordée à l'individu.

Thon et M. Joseph Barthélémy sont considérés tous les deux comme réduisant le droit subjectif à l'action. Pour la doctrine du professeur August Thon voir l'opinion de M. Duguit exprimée dans son *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, p. 302. Nous nous occuperons après de M. Joseph Barthélémy. Mais on peut faire dès à présent une observation qui s'applique à tous les deux :

L'un et l'autre ont le grand mérite d'avoir voulu établir une base sûre pour reconnaître le droit subjectif : *c'est l'action*³. En face des théories nombreuses et quelquefois fuyantes qui existent à propos de la notion de droit subjectif, ils ont adopté cette philosophie pragmatiste de considérer les choses par leurs effets. Mais l'un et l'autre ne peuvent s'échapper à l'idée qu'il existe des droits indépendants de l'action, quitte à refuser ensuite de donner leur consentement à une telle opinion.

1. « Die Obligation würde meines Erachtens zu bezeichnen sein als die von der Rechtsordnung einzelnen Personen auferlegte Verpflichtung wie jeder Rechtsschutz, zum Schutze, eines Interesses bestimmt. Zum Privatrecht wird die Obligation, insofern dem Interessenten zur Erzwingung der Verpflichtung im Falle ihrer Nichterfüllung ein Privatanspruch gewahrt wird » (*Rechtsnorm und Subjectives Recht*, p. 202).

2. Souligné par nous.

3. Nous rappelons que les Romains avaient pris le même critérium pour apprécier l'existence des droits subjectifs. Mais c'est parce qu'ils n'envisageaient que *le côté pratique de la question*. En effet, nous ne trouvons pas chez eux une analyse approfondie de la notion du droit subjectif.

Dans le sens de cette absence, voir N.-M. Korkounoff, *Cours de théorie générale du Droit*, trad. du russe par J. Tchernov, 2^e éd., Giard et Brière, Paris, 1914.

27. Voyons d'abord ce que dit Thon. Sa doctrine est connue, comme nous l'avons vu, sous le nom de *la doctrine de l'Anspruch*. Le droit subjectif se réduit à l'action qui naît d'une infraction à la norme juridique. Pourtant nous avons trouvé dans son livre un passage très suggestif qui exprime presque une adhésion complète de l'auteur à la doctrine qui proclame l'existence du droit subjectif en soi. Nous nous permettons de reproduire ce passage pour mieux rendre l'idée de l'auteur :

« Le droit subjectif n'est pas identique avec le droit à l'action ; les droits subjectifs peuvent exister et existent pour la plupart du temps avant même qu'un droit à l'action soit né. Mais seulement l'attribution d'un droit à l'action éventuelle de la part de la police juridique élève déjà actuellement la situation protégée par des normes à un droit du protégé.

« Le droit subjectif est basé sur l'annonce du droit à l'action, pour réaliser ce qui a été commandé ou de faire cesser ce qui a été défendu au cas où la norme aurait été enfreinte » (*Rechtsnorm und subjectives Recht*, p. 218) ¹.

Donc, Thon reconnaît lui-même qu'au fond le droit subjectif n'est pas l'action. Nous reviendrons plus tard pour soutenir cette opinion, après avoir fait l'exposé de la théorie de M. Joseph Barthélemy. Pour le moment, il est nécessaire d'insister sur une critique propre à Thon, mise en évidence par M. Léon Duguit ².

1. « Das subjective Recht ist nicht identisch mit dem Anspruch ; es kann vorhanden sein und ist meistens vorhanden noch ehe ein Anspruch erwachsen ist. Aber nur die Gewährung eines eventuellen Anspruchs Seitens der Rechtsordnung erhebt den normgeschützten Zustand schon jetzt zum Rechte des Geschützten.

Das subjective Recht wird durch die Verheissung eventueller Ansprüche begründet ; es besteht in der Aussicht auf solche. Oder genauer, es erwächst für den durch die Normen Geschützten aus der Bestimmung des objectiven Rechts, wonach ihm für den Fall der Uebertretung der ersten behufs Verwirklichung des Gebotenen oder Wiederaufhebung des Verbotenen ein Mittel, der Anspruch, gewährt wird ».

2. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, I, p. 303.

D'après la conception habituelle de Thon, celle de l'*Anspruch*, le droit subjectif ne naît que d'une infraction à la norme. Or il est illogique, dit M. Duguit, de bâtir la notion de droit subjectif sur quelque chose de négatif. Et il a parfaitement raison. Nous avons vu que Thon lui-même a été obligé d'entrevoir une solution différente.

28. Une autre doctrine qui met l'existence du droit subjectif en fonction de l'action est celle de M. Joseph Barthélémy. Dans son étude précitée, il dit à la page 21 :

« Le droit subjectif est celui dont la réalisation peut être obtenue par un moyen juridique à la disposition du sujet. Ce moyen juridique c'est *l'action* ».

C'est un *moyen formel*. Mais M. Barthélémy le préfère à ceux qui ont la prétention de saisir le fond et qui tombent dans des difficultés de droit naturel¹. Il prévoit les objections qu'on peut faire à sa théorie, à savoir que l'action n'est qu'une conséquence du droit subjectif et qu'il ne peut pas servir de base pour le définir. Pourtant il n'aboutit pas à la réfuter. M. Joseph Barthélémy se contente de dire que ce critérium présente le grand avantage d'être concret. Il dit que, par contre, le droit dénué d'action est une pure abstraction, un non-sens. Cela peut exister tout au plus sous forme de droit naturel. Le seul critère pour reconnaître un droit subjectif *c'est l'action*².

29. La plus grave objection qu'on fait à ces deux auteurs est celle mentionnée par M. Joseph Barthélémy lui-même : Définir le droit subjectif par son action, comme le fait M. Barthélémy, c'est s'attacher à ses conséquences et non pas à sa valeur intrinsèque. A vrai dire, on ne touche pas au problème du droit par une telle méthode. Le droit sub-

1. Joseph Barthélémy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, p. 26.

2. Joseph Barthélémy, *ibid.*, pp. 27-29.

jectif devient une sorte de noumène au sens kantien, par opposition au phénomène, qui serait l'action. En effet, on ne parle que de sa manifestation extérieure, ce qui est très peu au point de vue de la Philosophie du Droit, comme le fait remarquer M. Gorovtseff¹.

L'action n'est que *la sanction du droit*. Elle implique l'idée de coercition à la force publique (jugement, exécution) pour le cas où ce droit ne serait pas respecté. A ce point de vue, il est vrai qu'elle est « une manifestation de la volonté collective² ». Elle devient une réalité par le fait que le droit est contesté³. Donc elle seule prend naissance de l'infraction à la norme, pour employer le langage de Thon, et non pas le droit lui-même. Elle suppose le droit, mais ne le remplace pas. Comment une conséquence pourrait-elle se substituer à sa cause, même quand cette cause ne serait pas bien susceptible d'être connue? Si les auteurs qui prennent l'action comme critérium pour distinguer les droits subjectifs ne le font que faute de connaître le fond du droit, ils devraient nous le dire. Nous serions heureux de l'apprendre.

M. Henri Capitant nous donne beaucoup d'exemples pour démontrer que le droit et l'action ne sont pas la même et unique chose. C'est le cas du propriétaire troublé dans l'exercice de son droit de propriété qui a à sa disposition, selon le cas, une action possessoire ou une action en revendication. C'est encore le cas du créancier qui n'a pas poursuivi son débiteur pendant 30 ans. Conformément à l'article 2262, C. civ., l'action est prescrite. Il ne pourra plus poursuivre son débiteur. Pourtant une obligation naturelle

1. A. Gorovtseff, *Etudes de Principiologie du droit : La lutte autour de la notion de sujet de droit*, *Rev. trim. de dr. civ.*, année 1926, p. 946.

2. Joseph Barthélemy, *Essai d'une th. des dr. subj. des adm. dans le dr. adm. fr.*, p. 29.

3. Henri Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e édit., Libr. A. Pédone, Paris, 1929, p. 120.

de payer subsiste à la charge de celui-ci. Et s'il paye sciemment sa dette, il ne pourra pas faire la répétition (art. 1235, C. civ.). Il y a encore d'autres exemples cités par M. Capitant, que nous laissons de côté. En effet, l'auteur voudrait établir qu'il y a des actions indépendantes du droit, qui constitueraient des droits à part. Chiovenda soutient la même chose, mais d'une manière plus générale. Il y aurait en réalité deux droits : le droit proprement dit et l'action. Ces deux droits peuvent être réunis, mais ils peuvent aussi avoir des existences à part. Chiovenda essaie de nous montrer que leur origine, leur objet et leurs caractères sont différents¹.

Nous ne sommes pas partisan de telles opinions. L'action n'est que *la sanction d'un certain droit*. Elle l'accompagne et lui emprunte ses caractères. L'action sera personnelle ou réelle, mobilière ou immobilière, selon qu'elle est la sanction d'un droit personnel, réel, etc. Le rôle de la technique législative est de réglementer l'existence et le mode de fonctionnement des diverses actions. Et faute de de cette réglementation législative, le droit existera à l'état de droit pur, de droit naturel. M. Joseph-Barthélémy reconnaît lui-même qu'un tel droit peut exister dénué d'action².

C'est la conclusion à laquelle nous voulons aboutir : *Malgré son caractère très important, celui de sanction du droit subjectif, l'action n'en est qu'un accessoire. Dans la sphère des principes purs des droits naturels cet accessoire peut disparaître sans toucher à leur existence. Pour un monde de justice absolue les droits s'imposent par leur simple existence. Dans le domaine du droit positif, cet accessoire fait corps avec la partie principale. Les intérêts égoïstes des hommes ne tiendraient pas compte des prin-*

1. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 305.

2. Joseph Barthélémy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, p. 28.

*cipes purs de justice. Il est nécessaire de recourir quelquefois à la force pour assurer son droit, il faut avoir une sanction à sa disposition. C'est l'action*¹.

Section IV. — Théorie de la réalité du droit subjectif

30. Le droit subjectif est une réalité juridique. — **31.** Il consiste dans des rapports juridiques sanctionnés par une action. — **32.** Le droit subjectif repose sur des normes objectives de droit. — **33.** Ces normes sont concrétisées dans le droit naturel. — **34.** La nature métaphysique de cette doctrine. — **35.** Le droit naturel comme source originaire des droits subjectifs. Le rôle de la loi et de la volonté. — **36.** Conception de la réalité du droit subjectif ; définition. — **37.** Caractères du droit subjectif découlant de cette conception.

30. Par l'étude qui précède, nous nous sommes rapprochés de la vraie théorie du droit subjectif.

Le droit subjectif n'est donc ni une illusion du juriste, ni un simple procédé de technique. Il est *une réalité juridique*, qui s'impose comme telle. Tout le droit est bâti sur cette notion². Nous nous occuperons dans le chapitre suivant de la structure du droit subjectif. Ici nous voulons seulement établir d'une manière ferme son existence.

31. Ce qu'on peut dire dès à présent c'est que le droit subjectif consiste dans des rapports juridiques qui s'établissent entre les individus. Ces rapports peuvent être soit de nature purement personnelle, soit de nature réelle, c'est-à-dire ayant comme objet certaines choses. Dans un cas comme dans l'autre, il y a quelque chose de réel : *le rapport lui-même*. Certes, cette réalité diffère de la réalité

1. Dans l'ouvrage de M. Ernest Roguin, *La science juridique pure* (Lausanne et Paris, 1923), t. III, p. 964, nous trouvons cette phrase très suggestive :

« *L'action n'est pas autre chose que le droit lui-même, casqué et armé en guerre, à l'état de lutte contre ceux qui le contestent* ».

2. Les adversaires même le reconnaissent. Voir, par exemple, Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, p. 19.

physique, ou la loi de la causalité est d'une évidence frappante. Dans les sciences sociales cette loi de causalité est plus cachée. Ce n'est pas autant par la voie de l'expérience qu'on la découvre, mais plutôt par celle du raisonnement. La part du conceptualisme est plus grande dans ces sciences. Mais cela ne veut pas dire que c'est un conceptualisme vide. Les concepts sont une réalité plus abstraite, qui tirent leur existence de la réalité sensible. Ce n'est pas ici le lieu de faire la théorie des notions. Mais on peut s'apercevoir qu'aucune science ne peut s'en dispenser.

Les concepts qu'on rencontre dans la science du droit présentent une réalité à part : *la réalité juridique*. Entre autres, MM. Saleilles¹ et Cuche² ont mis en évidence ses caractères.

Le fait de conclure un contrat, d'exercer son droit de propriété, de recourir s'il est nécessaire à la force pour en assurer l'existence, ne sont pas des concepts vides. Ce sont des réalités qui s'appellent *droits subjectifs*.

M. Ripert a montré combien il est faux de méconnaître cette vérité. Voici ce qu'il dit :

« Or le droit subjectif c'est bien un pouvoir de l'homme. Ce pouvoir existe. Il courbe le débiteur devant le créancier et il a fallu arracher ce débiteur à l'esclavage et à la prison. Il courbe les non-propriétaires devant le propriétaire, souverain sur son fonds et il a fallu limiter cette souveraineté. Il courbe l'ouvrier devant le patron et la législation industrielle a dû protéger le travailleur. Il soumet le fils à son père, la femme à son mari. Il dérive de la grande

1. Dans son ouvrage, *De la personnalité juridique*.

2. Paul Cuche, *Conférences de Philosophie du Droit*, 3^e conférence. *Réalisme et conceptualisme juridiques*.

loi naturelle de l'inégalité. Ceux qui dénoncent ce pouvoir méconnaissent ce qu'il y a de divin dans l'idée de puissance : *omnis potestas a Deo*¹ ».

Par conséquent, le droit subjectif est une vraie force par laquelle la personnalité humaine se manifeste dans son activité. L'homme revêt ainsi une personnalité juridique dans le sens strict du mot. On rencontre cette personnalité chez l'homme individuel et chez les collectivités humaines. On verra plus loin que quelques auteurs ont voulu l'étendre aux animaux et aux choses, ce qui n'est pas compatible avec la science du droit.

32. Mais l'existence de certains rapports implique toujours des *principes* qui forment leur base et desquels ils dérivent. Pour le cas des droits subjectifs ces principes sont *les normes objectives de Droit*.

Personne ne conteste l'existence des normes morales ou esthétiques. Faire du bien à autrui, réaliser dans une œuvre d'art le principe de l'unité en variété, voilà deux principes de cette nature : l'un moral, l'autre esthétique. Il y a tout aussi bien *des principes juridiques* dont la véracité ne peut être mise en doute, par exemple le principe de la contre-prestation dans les contrats à titre onéreux.

Certes, entre le Droit et la Morale, il existe une étroite parenté². Mais nous nous permettons de croire que dans la plupart des cas il ne s'agit que d'une *simple compénétration*

1. Georges Ripert, Abus ou relativité des droits, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, janvier-février, 1929, t. XLIX, p. 62.

2. M. Jean Dabin appelle le droit naturel : « *droit moral* » ; et le droit positif « *droit juridique* », *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*, Sirey, Paris, 1929, p. 257.

du juste et du moral. La norme juridique contient la notion de *moralé*; mais elle a quelque chose en plus, le *juste*, qui forme son caractère propre d'être juridique¹.

33. La totalité des principes qui restent à la base du droit constituent ce qu'on appelle le *Droit naturel*. Pour une analyse complète du droit subjectif, il faut remonter à cette première source. En effet, les principes de droit naturel contiennent en embryon les droits subjectifs d'un individu. Nous insisterons donc un peu sur la doctrine du droit naturel².

1. D'après M. Louis Le Fur les différences entre le Droit et la Morale sont les suivantes : La Morale a comme but le *bien moral*; le Droit, le *bien commun* (règles économiques, de circulation, etc.); 2° Dans la Morale ce qui est important c'est l'*intention*. Elle se place au *point de vue individuel* et elle ne comporte qu'un seul sujet. Au contraire, le Droit envisage le cas de l'obligation envers un autre, qui comporte nécessairement une *relation* entre deux ou plusieurs sujets. Ainsi il y aurait des différences de *plan* et de *degré* dans l'appréciation des faits de la part du Droit et de la Morale. Mais M. Le Fur ne nie pas un seul instant l'étroite liaison qui existe entre les deux disciplines (Louis Le Fur, *Les rapports entre le Droit et la Morale, spécialement à la Morale internationale*, Cours d'Introduction au Droit, professé à la Faculté de Droit de Paris, année 1930-1931).

Pour l'analyse de la notion de droit, voir l'ouvrage de M. Julien Bonnetcase, *La notion de Droit en France au XIX^e siècle, Contribution à l'étude de la philosophie du Droit contemporaine*, E. de Boccard, Paris, 1919. — Aux pages 6-18 de ce livre, on trouve étudié d'une manière intéressante le problème qui concerne la distinction entre le Droit et la Morale.

2. On ne peut faire ici l'histoire et l'analyse des diverses doctrines du droit naturel. Nous rappelons seulement qu'il a été connu par les Romains (La définition de la loi du droit naturel donnée par Cicéron : « *Vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans sempiterna* », De Republica, 3, 22, 33, édition Ziegler), par l'ancienne Chine, par les canonistes du Moyen-Age, qu'il est à la base de la Common Law de l'Angleterre et du droit américain, que le code civil italien permet son application sous forme de « principes généraux de droit » à défaut d'un texte positif et enfin que la même application, sous la même forme, est consacrée par l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale.

En témoignage de ces affirmations, parmi d'autres ouvrages, voir aussi : Louis Le Fur, *La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle*, Hachette, Paris, 1928, pp. 99-104; François Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, p. 222. Sirey, Paris, 1924; Georges Renard, *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, Avant-Propos, p. XI, note I, Sirey, Paris 1927. Le dernier nous renvoie aux *Principes généraux du Droit* par Del Vecchio (trad. Demontès).

Il ne faut pas oublier de même que la Commission de l'an VIII avait consacré la doctrine du droit naturel dans un article préliminaire du Code Napoléon, qui disait : « Il existe un droit universel, immuable, source de toutes les lois positives, il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes ». Voir dans ce sens : Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e édit., p. 14; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4^e édit., t. I, p. 3.

Nombreuses sont les théories de droit naturel, mais on peut les ramener à deux bien caractérisées : I. *Le droit naturel est un ensemble de règles universellement valables pour les législations de tous les temps et de tous les pays.* C'est une sorte de prototype législatif. C'est la conception classique du droit naturel, qui a régné jusqu'au commencement du xix^e siècle. — II. *Le Droit naturel n'est qu'une « direction », une « orientation » des législations positives, un cadre avec un « contenu variable ».* C'est la forme nouvelle sous laquelle la doctrine du droit naturel est soutenue à partir de la fin du xix^e siècle.

Entre ces deux extrêmes il y a une *moyenne* qui est, comme d'habitude, la plus juste. *Le droit naturel contient un nombre restreint de principes qui ne sont pas variables.* C'est le *droit naturel proprement dit*, c'est ce que saint Thomas appelait le *droit naturel primaire*¹. Mais il y a aussi une *partie variable* : le *droit naturel secondaire de saint Thomas*. Ce ne sont pas les principes eux-mêmes qui varient, lesquels sont fondés sur l'idée de *Justice absolue* ; mais plutôt *l'adaptation de ces principes aux diverses époques*².

M. Le Fur les réduit à trois : 1^o le respect de l'autorité sociale ; 2^o le respect des engagements honnêtes ; 3^o l'obligation de réparer le préjudice injustement causé (art. 1382, C. civ.³).

1. Louis Le Fur, *La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne*, p. 29.

2. Dans ce sens, L. Le Fur, *La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne*, p. 42 ; Georges Renard, *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, p. 126 ; Jean Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*, p. 289 ; M^{lle} Alice Piot, *Droit naturel et réalisme*, thèse, Droit, Paris, 1930 (Libr. gén. de dr. et de jurispr.), pp. 185 et 186. De même dans le sens de la fixité des principes du droit naturel, Maurice Hauriou, *Le droit naturel et l'Allemagne*, dans le *Correspondant* du 25 sept. 1918 (Paris), pp. 913, 919, 939 ; Georges Renard, *Le droit, la Justice et la Volonté*, Paris, 1924, p. 337, en note.

3. Louis Le Fur, *Les rapports entre le Droit et la Morale, spécialement à la Morale internationale*, Cours d'Introduction au Droit, Paris, an. sc. 1930-1931.

34. Nous sommes d'accord qu'en étudiant les droits subjectifs en rapport avec les questions de droit naturel on pénètre *dans le champ de la métaphysique*. En effet, on sort du domaine de l'expérience qui est pour nous, juristes, la vie sociale et la loi positive. Nous ne nous contentons plus d'affirmer simplement l'existence de cette loi. Nous nous demandons : en vertu de quel principe existe-t-elle ? N'y a-t-il pas des principes supérieurs à la loi positive qui préexistent ?

La métaphysique est nécessaire aux vues d'ensemble de la science. Elle donne une « explication générale », une certaine « cohésion » aux divers éléments scientifiques, comme le dit M. le professeur Ioan Petrovici¹. D'après cet auteur, l'objet de la métaphysique étant de *compléter* les résultats obtenus par la science, il n'y aurait pas de différence de nature entre la science et la métaphysique, mais seulement de degré : la première contient plus de *relatif*, la seconde plus d'*absolu*².

Les notions métaphysiques, à cause de leur caractère d'abstraction, présentent quelque chose de vague, d'imprécis³. Cela parce qu'elles ne constituent pas un objet de connaissance sensible. Ainsi, la notion de justice, qui est pour nous la notion fondamentale du droit naturel et de

1. Ioan Petrovici, *Introducere în Metafizica*, Sportul, Bucuresti, 1924, p. 19.

Voir aussi, Friedrich Paulsen, *Introducere în Filosofie* (trad. roumaine faite par I. Lupu et D. Puschila), Luceafarul, Bucuresti, 1922 ; Roger Bonnard, Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine, *Rev. du Dr. public et de la Sc. pol.*, an. 1929 n° 1 (janv.-mars).

2. Les vrais positivistes n'affirment pas, comme les partisans du *phénoménisme*, que tout se réduit aux phénomènes, mais seulement que ce qui est au delà n'est pas abordable. On peut prendre comme exemple Auguste Comte et Léon Duguit, les deux positivistes bien connus, l'un dans le domaine de la Philosophie, l'autre dans celui du Droit.

De même, voir à propos de cette question les études de M. Ripert : Droit naturel et positivisme juridique (*Annales de la Faculté d'Aix*, Nouvelle série, n° 1, Barlatier, Marseille, 1918), pp. 32, 35, 37 et *La règle normale dans les obligations civiles*, 2^e édit., pp. 412-413. L'auteur proclame, d'une manière très ferme, la nécessité des notions métaphysiques pour la science du droit.

3. Ioan Petrovici, *Introducere în Metafizica*, p. 18.

laquelle découlent les diverses normes objectives de droit, sera toujours dépassée en précision par la notion de contrat.

Cette notion de justice représente l'idée d'ordre parfait qui devrait régner dans les relations des hommes, mettant d'accord tous les intérêts. Son contenu se confond avec le fondement même de ce qu'on appelle droit naturel¹.

La notion de justice est dans une certaine mesure une notion *a priori*, que nous connaissons seulement grâce à des catégories de notre esprit pour employer le langage kan-

1. La notion de justice a encouru plusieurs critiques. Quelques auteurs voudraient la faire disparaître ; d'autres, seulement la faire diminuer en valeur. Nous passerons rapidement en revue un certain nombre de ces critiques.

Il y a d'abord la critique de M. Duguit, qui voudrait faire supprimer la notion de justice. On trouve surtout dans son *Traité de droit constitutionnel* (3^e éd. de 1927), t. I, à la page 120, l'affirmation *qu'il y a un sentiment de la justice et non pas une notion de justice*. Or, nous nous demandons à *quoi peut correspondre un sentiment de la justice sinon à la notion de justice même ?* Dès qu'on a affirmé qu'il y a *un sentiment de la justice*, implicitement, on a admis *la notion de justice*. Mais seulement M. Duguit craint le conceptualisme et les principes *a priori* et évite d'affirmer l'existence du principe de justice lui-même.

M. Ripert ne nie pas l'idée de justice, mais il lui fait la critique qu'elle est trop vague. En conséquence il nous recommande une idée plus précise, celle de *la morale chrétienne*. Nous avons vu que ce défaut de la notion de justice a comme origine *son caractère métaphysique*. Et puis nous croyons que la notion de justice chrétienne, sur laquelle M. Ripert fonde son système, peut nous servir de *trait d'union pour passer à une conception de droit naturel qui affirme son origine transcendante*. M. Jean Dabin nous montre que la doctrine du Christ nous conduit à une telle conception :

« De fait, si l'on examine un à un, et dans leur contenu matériel, les préceptes que le Christ a enseignés dans le domaine de la morale *ad alterum*, il est facile de voir qu'ils gravitent tous autour du droit naturel et qu'ils y prennent leur appui, soit pour le confirmer en l'enrichissant de nouveaux motifs, soit pour le prolonger dans des directions plus hautes ». (*La philos. de l'ordre jurid. posit., spéc. dans les rap. de dr. privé*, p. 415).

Une autre critique est faite par un jeune docteur, M. Alexandre Volansky, qui dit que *l'idée de justice est trop abstraite et qu'elle repose sur une pétition de principe : jus-justitia*. (Essai d'une définition expressive du Droit basée sur l'idée de bonne foi, thèse, Paris, 1930, Duchemin.) Mais on n'encourt aucune pétition de principe si on définit *la justice, ainsi que nous le faisons, comme représentant l'idée d'ordre parfait qui devrait régner dans les relations entre les individus*.

De même, M^{lle} Alice Piot, dans une thèse récente de doctorat (Droit naturel et réalisme), soutient que la notion de justice n'est pas essentielle pour le contenu du droit naturel. M^{lle} Piot arrive à une telle conclusion puisqu'elle considère l'idée de justice comme étant *purement formelle* et dénuée de tout contenu. La justice ne serait qu'*un rapport de convenance entre la loi* (la simple décision du juge quand il n'existe pas une telle loi) *et ce qui est inscrit dans la nature des choses ou le droit naturel*. Mais de la définition que nous avons donnée plus haut il résulte que la justice a un contenu positif. C'est ce contenu qui fait partie de *la nature des choses* et qui se confond avec le fondement du droit naturel.

tien. A ce point de vue, M. Georges Ripert a raison quand il dit que la justice que nous connaissons n'est qu'une « justice trop humaine ». Comprise seulement comme justice objective, absolue, celle-ci peut être donc la base immuable des normes de droit, desquelles découleront nos droits subjectifs¹.

35. Le droit naturel comprend deux éléments : l'un *individuel*, l'autre *social*^{2,3}.

Le premier se rapporte à l'homme comme individu. C'est de celui-ci que dérivent *les droits subjectifs de l'homme, particulièrement les droits subjectifs privés*. C'est l'élément primordial du droit naturel et qui doit avoir la prédominance.

Le second se rapporte aux institutions sociales, surtout à l'Etat. Il justifie *le droit de légiférer*. L'Etat n'est pas une fin en soi comme l'homme. Il est soumis lui-même à ces normes objectives de droit naturel.

1. Dans le sens de la transcendance du droit naturel :

André Rouast, L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile, *Revue trimestrielle de droit civil*, ann. 1922, p. 95, note 1 : « Je crois que l'esprit libéré de tout préjugé doit être amené à reconnaître qu'un principe de Droit naturel ne peut avoir une valeur obligatoire que parce qu'il est d'origine transcendante. *Parti des faits, le juriste philosophe aboutit ainsi nécessairement à la métaphysique* » (souligné par nous).

De même dans le sens de l'existence d'une justice objective : Louis Le Fur, *La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne*, p. 127 : « Pour moi, la nécessité d'admettre une justice objective, c'est-à-dire indépendante de l'homme, est un point capital. Sinon, l'on ne peut obtenir qu'un fantôme de justice, une pure apparence par quoi les hommes ne sauraient être liés (souligné par nous).

Voir aussi François Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, p. 421; Georges Renard, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, Sirey, Paris, 1925, p. 401; Paul Cuche, *Conférences de Philosophie du Droit*, Dalloz, 1928, pp. 49 et suiv.

2. Georges Renard, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, pp. 404, et suiv.

3. M. Jean Dabin (*La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*, p. 315) attribue au droit naturel un triple plan d'influence auquel correspondent trois faces : 1° *Le droit naturel humain* (droit naturel social au sens large); 2° *Le droit naturel familial*; 3° *Le droit naturel politique* (droit social au sens strict.).

Les normes objectives de droit ont pour objet d'assurer le développement naturel de l'homme en tant que corps et esprit¹.

De ces normes objectives l'homme détient la faculté de se constituer *une famille*, issue du mariage. Il aura ainsi des droits subjectifs de père, d'enfant, etc.². De même, il est conforme aux normes objectives, il est *juste* que l'homme ait des biens. Il résultera de ceci *le droit subjectif de*

1. Parmi les critiques qu'on fait à la théorie du droit naturel nous n'en retons qu'une, d'ordre méthodologique : *la difficulté de le connaître*.

Les preuves que nous apportons pour écarter une telle difficulté sont au nombre de trois :

I. Il y a d'abord *une preuve empirique* : L'existence d'un ordre juridique chez les peuplades qui n'ont pas une organisation étatique.

II. Ensuite il y a *des preuves d'ordre rationnel*. On voit que, avec des variations insignifiantes, les législations de tous les pays civilisés sont calquées sur les mêmes principes. C'est une preuve *quant à l'existence et quant au contenu du droit naturel*. Les normes objectives de droit engendrent toutes les institutions juridiques importantes : la famille, le régime de la propriété, les obligations, etc. Les législations qui s'écartent de ces normes de droit deviennent oppressives, les lois sont injustes et elles n'ont qu'une existence formelle et éphémère.

III. En dernier lieu, on fera appel à *l'intuition*.

La connaissance par concepts est *une connaissance discursive*. Elle ne nous donne que des points isolés d'une réalité spatialisée par notre intelligence. Cette intelligence n'est qu'un instrument imparfait de connaissance. Elle déforme la réalité. Il faut donc recourir à *l'intuition*, qui nous transpose dans la réalité des choses en dépassant l'intelligence. C'est *la connaissance synthétique ou intuitive*. Malgré ses origines anciennes, cette nouvelle philosophie a été cristallisée, comme on le sait, par la pensée profonde de M. Bergson.

La plus grave objection qu'on a apportée à une telle philosophie c'est qu'elle représente un *affectivisme*. Mais M. Bergson lui-même (surtout dans *L'Évolution, créatrice*) et M. Edouard Le Roy, entre autres, (*Une philosophie nouvelle, Henri Bergson*) écartent l'objection d'irrationnalisme montrant que *c'est par une action de l'intelligence pure qu'on dépasse l'intelligence discursive et que l'intuition se produit*. Cette intelligence pure, intégrale, fait ainsi œuvre de *connaissance synthétique*. Et puis, il ne faut pas oublier que nous ne sommes pas seulement intelligence, mais qu'une foule de sentiments entoure celle-ci. C'est donc par sympathie, par instinct, qu'on peut quelquefois s'approcher de la réalité.

Tout ceci s'applique merveilleusement aux théories de droit naturel. L'idée de justice qui se trouve à leur base et les normes objectives juridiques qui en dérivent ne sont pas susceptibles d'une précision mathématique. La raison ne peut les saisir entièrement. Elle doit être complétée par quelque chose de plus qui la dépassera : *c'est l'intuition que nous pouvons avoir d'une Vérité juridique objective*.

Mais comme le disent M. Bergson et ses commentateurs : *il faut recourir à l'action* ; l'intuition ne viendra pas toute seule. Ainsi pour nous mettre en présence de la vérité juridique il faut procéder *par l'effort de tout notre esprit*, non seulement par celui de l'intelligence.

2. On verra plus loin que M. Capitant n'admet la notion de *droit subjectif* que pour le domaine patrimonial.

propriété, avec des droits dérivés : établir des servitudes, des hypothèques, faire des donations, etc. Le régime des *contrats* est fondé sur l'idée de liberté quant à leur conclusion et de contre-prestation quant à leur exécution. Il est *juste* qu'une prestation ait une contre-prestation. D'un tel lien juridique il résulte un droit subjectif : celui de demander la contre-prestation, éventuellement d'agir en justice.

Ainsi pour nous il existe des droits subjectifs puisqu'il y a des normes objectives de droit. Celles-ci sont à la base de la loi, qui consacre juridiquement les droits subjectifs. Ces droits subjectifs apparaissent comme l'application aux cas individuels des principes généraux de droit. Ou, comme le dit M. Louis Le Fur : « *Le droit individuel ou subjectif n'est en quelque sorte que la monnaie du droit objectif, sa mise en œuvre par les individus pour lesquels il est fait*¹ ».

Comme on le verra tout à l'heure, la volonté joue un grand rôle dans la mise en valeur des droits subjectifs. Par conséquent, les plans de concrétisation du droit subjectif sont les suivants : *Droit naturel, loi, volonté*. Le droit subjectif a pour objet la réalisation d'un intérêt digne de la protection juridique. Il n'existera pas et ne pourra atteindre un tel but si un des trois chaînons manque².

36. Nous croyons qu'on ne pourrait pas parler d'une vraie existence des droits subjectifs s'il n'y avait pas des normes objectives de droit qui constitueraient leur source. Or, en présence de ces normes on peut repousser les doctrines qui nient le droit subjectif.

1. Louis Le Fur, Le fondement du droit, Extrait de la revue *Les Lettres*, Imp. Saint-Pierre, Langres.

2. Sur la relation qui existe entre le droit subjectif et le droit objectif, voir l'intéressant ouvrage de M. Mircea Djuvara, *Teoria generala a Dreptului (Enciclopedia juridica*. Libr. Socec, Biblioteca universitara « Pandectele Române », Bucuresti, t. II, pp. 352-357.

De même, nous ne donnons pas notre adhésion à ceux qui admettent l'existence de ces normes mais qui ne les considèrent pas comme constituant l'origine vraie du droit subjectif. En ce cas on ne peut pas parler d'une réalité du droit subjectif.

C'est seulement en suivant la conception exposée plus haut qu'on se trouve en face de la notion de *réalité du droit subjectif*. Nous croyons pouvoir la résumer dans la formule suivante :

Par réalité du droit subjectif on doit comprendre l'existence de certains rapports juridiques sanctionnés par une action, qui s'établissent en vertu des principes objectifs de droit entre deux ou plusieurs sujets, en vue de réaliser un intérêt protégé par la loi.

37. La conséquence qui découle d'une telle conception, c'est *l'intangibilité de nature du droit subjectif*. La loi ne peut ignorer ce principe. Autrement, elle serait *injuste* et, plus tôt ou plus tard, elle ferait faillite. Mais par cette *intangibilité* ou *absolutisme de nature du droit subjectif*, nous ne comprenons pas qu'il soit anti-social. Il serait absurde de dire que chacun peut exercer ses droits à son gré, sans tenir compte des droits du voisin. Donc, une limitation s'impose. *Absolu par sa nature, le droit subjectif devient relatif dans son exercice*. Il implique ainsi une *corrélation entre l'idée de droit et celle de devoir*. Il plie devant l'absolutisme du droit du voisin, qui sera obligé à son tour de faire la même chose. En vertu des principes même de droit naturel social, le droit subjectif tient compte des nécessités et des contingences sociales de toute sorte. *Absolu et relatif* sont deux termes du droit subjectif qui se tiennent en équilibre. Or cet équilibre représente l'harmonie qui ne doit jamais manquer entre l'*individuel* et le *social*.

CHAPITRE III

LA STRUCTURE DU DROIT SUBJECTIF

Section première. Théorie de la volonté. — **Section II.** Théorie de l'intérêt. — **Section III.** Théorie de la volonté et de l'intérêt combinés.

Section I. — Théorie de la volonté

38. Trois théories concernant la structure du droit subjectif : de la volonté, de l'intérêt, de la volonté et de l'intérêt combinés. — **39.** Caractères de la théorie de la volonté ; ses partisans. — **40.** La doctrine de Windscheid. — **41.** Sa critique. — **42.** La doctrine de la « dématérialisation » de M. Gorovtseff et sa critique. — **43.** La théorie de l'autonomie de la volonté et celle de la déclaration de volonté.

38. Nous arrivons à une question fondamentale de l'étude du droit subjectif : *celle de sa structure*. Il s'agit de déterminer les éléments essentiels de cette notion. La tâche n'est pas facile, mais elle n'en est que plus intéressante.

On a donné trois solutions différentes à ce problème :

1° la nature du droit subjectif consiste dans un acte de volonté ; 2° le droit subjectif est un intérêt protégé par la loi ; 3° le droit subjectif n'est pas simplement un acte de volonté ou un intérêt protégé par la loi. Il est tous les deux à la fois.

Certes, quand on examine les diverses études faites sur la question les choses ne sont pas aussi claires. Entre les trois solutions principales se trouvent des opinions nuancées, quelquefois difficiles à classer. C'est une idée mise

en évidence par M. Luis Recasens Siches dans son étude *Il concetto di diritto subiettivo inanzi alla filosofia giuridica* (*Rivista internazionale di filosofia del diritto*, anno VI, Fascicola IV, Ottobre-Dicembre, 1926, p. 480¹). Mais, en dernière analyse, ce sont les trois théories qui s'imposent. Elles ont donné naissance à trois écoles différentes. On les connaît sous le nom de doctrines : *de la volonté, de l'intérêt, de la volonté et de l'intérêt combinés*.

C'est de l'Allemagne que nous vient ce mouvement philosophique concernant l'étude de la structure du droit subjectif. Pour cette raison on garde même dans les autres pays les noms allemands pour les deux premières doctrines : *Willensdogma* (*Willenstheorie*) et *Interessendogma*.

M. Gorovtseff voit dans ces deux écoles le reflet de deux courants de la philosophie allemande : celui de la pensée kantienne, avec sa conception de l'homme considéré comme fin en soi, pour la doctrine de la volonté ; celui de la pensée phénoménologiste hegelienne, qui regarde la réalité comme un *modus* du grand Esprit, de l'Etat, pour la doctrine de l'intérêt². En effet, la première école conduit à l'individualisme et Kant lui-même avait fondé la valeur de l'homme sur l'élément de volonté. La deuxième nous rapproche de l'étatisme, du droit public, car c'est à l'Etat que revient le rôle de déterminer quels sont les intérêts dignes de protection ; or, c'est justement cet étatisme qui caractérise la philosophie juridique de Hegel^{3,4}.

1. « Molto difficile sarebbe tentare una classificazione organica e minuziosa di tutte le dottrine apparse sul concetto e la natura del diritto subiettivo, però si possono segnalare alcune direzioni fondamentali attorno alle quali si aggruppano le diverse teorie ».

2. A. Gorovtseff, La lutte autour de la notion de sujet de droit, *Rev. trim. de dr. civ.*, ann. 1926, p. 910.

3. De même, M. Georges Ripert nous montre que l'origine de la *Willenstheorie* se trouve dans l'idée kantienne de liberté (*Les limites de la liberté contractuelle*, Cours de doctorat, Paris, ann. 1929-1930, p. 21.)

4. Pourtant M. Luis Recasens Siches fait dériver la théorie volontariste de la philosophie hegelienne (V. op. cit., p. 481).

Après ce mot d'introduction, passons à l'étude proprement dite de la doctrine de la volonté.

39. La théorie volontariste consiste dans le fait de considérer le droit subjectif comme dérivant de la volonté de l'homme. Parmi les promoteurs, on trouve d'abord Savigny, qui limite cette source du droit subjectif à la volonté de l'homme individuel ; ensuite Gierke, qui l'étend aux collectivités¹.

Cette théorie appartient aux doctrines libérales. En effet, faire de la volonté la source des droits subjectifs c'est suivre le pas de la nature. L'Etat n'interviendra que quand il sera absolument nécessaire, pour reconnaître par exemple la personne morale comme sujet de droit. Ce sera « une mesure d'ordre extraordinaire », un « vrai geste de désespoir », come le dit M. Gorovtseff.

Parmi les représentants de la théorie volontariste il y a d'abord Zitelmann avec son ouvrage *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, pp. 62 et suiv., mais surtout Windscheid avec ses célèbres *Pandectes*. Chez Hölder et Binder, on trouve aussi des penchants assez prononcés vers cette théorie ; de même chez Wendt (*Pandekten*, VII, pp. 160 et suiv.) En Italie, on rencontre Del Giudice (*Enciclopedia giuridica*), Romagnosi (*Diritto pubblico universale*, p. 178), Rosmini, (*Filosofia del diritto*)². En ce qui concerne la littérature française, il y a des auteurs qui ont des points d'approche, par exemple M. Saleilles ; mais, dans les ouvrages que nous avons étudiés, nous n'avons rencontré personne qui soit un partisan si zélé que M. Paul Cuche. Voilà ce qu'il dit dans ses *Conférences de Philosophie du Droit*, à la page 126 :

1. A. Gorovtseff, La lutte autour de la notion de sujet de droit, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1926, p. 909.

2. Voir Luis Reçasens Siches, *op. cit.*, p. 482.

« Ce que je propose c'est de mettre fin à l'incohérence actuelle de notre technique, d'après laquelle le titulaire ou sujet du droit est tantôt celui qui l'exerce et tantôt celui qui en bénéficie. Adoptons une fois pour toutes la primauté de l'élément de volonté. »

M. Cuche met cette théorie au service de son réalisme juridique pour nier l'idée de personnalité morale.

De même, dans l'étude précitée de M. Gorovtseff, *La lutte autour de la notion de sujet de droit*, nous trouvons la même idée érigée en critique contre la théorie de l'intérêt :

« Et d'ailleurs, dit M. Gorovtseff — c'est ici que nous abordons le point le plus important — qu'est-ce que c'est que cette notion elle-même des intérêts, sinon celle du besoin dont la réalisation est *voulue par l'intéressé*. L'intérêt, c'est-à-dire quelque chose qui « inter-est », comprend donc en soi-même, comme nous allons le voir en détail un peu plus loin, l'élément de vouloir, et, par conséquent, dire qu'un intérêt est voulu par quelqu'un n'est après tout qu'une tautologie dans laquelle le rôle prépondérant appartient évidemment à l'élément de vouloir.

Intérêt, « inter-est », ne signifie, en effet, comme nous venons déjà de le noter, rien autre qu'un besoin dont la réalisation est *voulue* par son porteur; ce n'est donc que cet élément de la volonté qui fait qu'un simple besoin quelconque soit élevé au niveau d'un intérêt. Dans la notion même d'intérêt se trouve déjà d'une façon implicite la notion de la volonté elle-même (pp. 962-963) ¹. »

Examinons la conception du principal représentant de cette doctrine, celle de B. Windscheid. Nous ferons après les observations concernant la Willenstheorie.

1. De même à la page 970 de l'étude précitée, M. Gorovtseff fait une enthousiaste apologie de la volonté. Il réduit à cela toute la vie du droit.

40. Windscheid a exprimé sa pensée dans le premier tome de son ouvrage monumental intitulé *Pandekten*¹.

Dans le chapitre *Le concept du droit*, il commence par faire une classification des droits subjectifs. Il y en a *deux catégories*.

Le droit subjectif de la première catégorie consiste pour le titulaire dans un pouvoir d'imposer à une ou plusieurs personnes de faire ou de ne pas faire quelque chose.

Ici, dit Windscheid, l'ordre juridique (le droit objectif) a établi une norme générale de conduite et laisse sa réalisation à la libre volonté de celui en faveur duquel elle a été instituée. Ainsi se fait le passage du droit objectif au droit subjectif.

Le droit subjectif de la seconde catégorie consiste dans le fait du propriétaire d'aliéner sa chose, du créancier de céder sa créance, etc. Dans ces cas et dans d'autres semblables, on rencontre une volonté qui fait naître, modifier ou éteindre des droits de la première catégorie. La volonté sert ici non seulement pour mettre en valeur la norme de conduite, mais même pour la créer.

Windscheid donne ensuite une définition valable pour toutes les deux catégories des droits subjectifs : « Le droit subjectif est une puissance de volonté (*Willensmacht*) ou un pouvoir de volonté (*Willensherrschaft*) accordé par l'ordre juridique. »

41. La doctrine de Windscheid a soulevé de nombreuses critiques de la part d'Ihering, de Thon, de Kipp, de

1. Voir B. Windscheid : *Diritto delle Pandette* (Volume primo, Parte prima), traduction italienne faite par Carlo Fadda et Paolo Emilio Bensa, Unione tipografico-editrice, Torino, 1902, le chapitre intitulé « Concetto del diritto », pp. 169 et suiv.

L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édit., 1927, t. I, pp. 275 et suiv.

Luis Recasens Siches, Il concetto di diritto subiettivo inanzi alla filosofia giuridica, *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, 1926, pp. 481 et suiv.

MM. Kelsen, Fadda et Bensa, auteurs qui se sont occupés spécialement de l'ouvrage de Windscheid, en le traduisant, en le rééditant et en écrivant des annotations, quelquefois de centaines de pages¹; ou de la part des divers auteurs qui ont étudié l'œuvre de Windscheid d'une manière générale.

Une première critique est faite par Ihering, le vrai fondateur de la théorie de l'intérêt. Ihering dit que le droit subjectif consiste dans un intérêt juridiquement protégé et non pas dans un pur acte de volonté, qui n'aurait aucun sens comme tel.

Windscheid répond que lorsqu'on parle de la structure du droit subjectif ce n'est pas le but qu'on doit prendre en considération, mais la substance même du droit, qui est un acte de volonté.

En étroite liaison avec ceci, se trouve l'objection qu'on ne peut pas expliquer par la théorie de la volonté les droits subjectifs de l'*infans* et du *fou*. Cette objection a été mise en évidence par Thon, dans *Rechtsnorm und subjective Recht*, p. 220.

On a fait aussi des critiques concernant chacune des deux théories de droits subjectifs séparément² : Ainsi pour la première catégorie on a dit que l'existence du droit subjectif n'est pas subordonnée à la volonté du titulaire. Windscheid a répondu d'abord qu'il ne s'agit que du contenu de cette volonté, qui est vraiment individuel. Plus tard, dans une note qui accompagne le texte, Windscheid déclare que pour les droits subjectifs de la première catégorie (*Willensmacht*) : « C'est la volonté de l'ordre juridique qui est déterminante ». Par là, Windscheid a ruiné sa propre théorie et il s'est mis en contradiction avec lui-

1. Par exemple, MM. Fadda et Bensa.

2. Voir L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, pp. 277-278.

même. Car de deux choses l'une : Ou on admet le texte avec la volonté de l'individu comme fondement des droits subjectifs de cette première catégorie; ou on admet la note avec la volonté de l'ordre juridique comme base de ces droits subjectifs. Autrement il n'y aurait qu' « *un gioco di parole, con cui si vuole evitare la contradizione effettiva che però esiste* », comme le disent Fadda et Bensa¹. De plus, le passage du droit objectif au droit subjectif dans la conception de Windscheid donne naissance à des difficultés montrées par MM. Kelsen, Duguit, Luis Recasens Siches, dans l'analyse desquelles nous croyons qu'il est inutile d'entrer.

Quant à la seconde catégorie de droits subjectifs, ceux qui sont caractérisés comme un pouvoir de volonté (*Willensherrschaft*), Windscheid affirme, d'une manière ferme, que c'est la volonté du titulaire qui leur sert de base. MM. Kelsen et Kipp nient, avec raison, l'existence de ces droits et ils disent que s'ils existent ils se confondent avec ceux de la première catégorie². En effet, il manque une base qui pourrait servir de criterium de distinction entre les deux catégories de droits subjectifs. La différence établie par Windscheid peut très bien disparaître.

On pourrait faire encore d'autres critiques à la théorie de Windscheid. Mais, comme elles se rattachent à la critique générale du Willensdogma, on les examinera par la suite.

42. On ne peut pas passer sous silence une autre théorie qui se rapproche du Willensdogma, mais qui en diffère dans une certaine mesure. C'est la théorie de la « déma-

1. *Pandekten* de Windscheid (Trad. ital. de Fadda et Bensa), p. 539, annot. 1.

2. Duguit, *Traité de dr. constit.*, t. I p. 278.

3. Quand on parlera de la théorie de la volonté et de l'intérêt combinés,

térialisation du sujet de droit » de M. Alexandre Gorovtseff. Elle a été exposée dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, année 1927, pp. 5-135. sous le titre : *Nouvelles recherches sur le problème du sujet de droit*¹.

La doctrine de M. Gorovtseff constitue une critique faite à la Willenstheorie. Celle-ci, dit l'auteur, se présente comme une conception « matérialiste » fondée sur l'idée de volonté. La notion de sujet de droit, qui est aussi fondée sur le concept de volonté, présente le même caractère matérialiste. On doit faire œuvre de *dématérialisation* et parler de *volitions* et non pas de *volonté*. M. Gorovtseff tire des conséquences qui se rapprochent de celles de la théorie de la volonté et de l'intérêt combinés : il tient compte non seulement de « l'élément fondateur » basé sur l'idée de volonté, mais aussi de « l'élément destinataire » qui touche à l'idée d'intérêt.

Nous reviendrons plus loin sur la théorie de M. Gorovtseff, quand nous parlerons du sujet de droit. Mais on peut faire quelques observations dès à présent.

Certes, quand on parle de *volonté* on peut penser aux actes individuels volitifs qui s'appellent *volitions*. Il y a des séries de volitions chez le même individu pour atteindre un certain but, surtout quand ce but est complexe. Mais, pour une étude rationnelle, il est inutile de considérer chaque acte individuel à part. Il faut envisager l'effort général fait en vue de ce but. C'est suivre en cela une des lois de la mémoire qui consiste dans le fait de négliger les détails pour ne retenir que le général².

Intégrer les volitions dans une notion plus générale, celle

1. Voir aussi l'article de M. Gorovtseff publié dans la *Revue trimestrielle de droit civil* de 1926 (pp. 881-972), intitulé : La lutte autour de la notion de sujet de droit.

2. Un passage intéressant qui se rapproche de cette question se trouve dans le *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil par Baudry-Lacantinerie* de M. Julien Bonnecase, tome II, pp. 434-437, avec une reproduction de texte de M. Roustan (*Leçons de philosophie*, 6^e édit. pp. 513-515)

de volonté, ce n'est donc pas « matérialiser » la science du droit. Ce n'est qu'un procédé de logique, employé par n'importe quelle science. Nous croyons que c'est plutôt M. Gorovtseff qui pourrait être accusé d'une telle tendance par le fait de retourner aux volitions, actes de psychologie expérimentale¹.

43. Avant de clore cette section, il faut parler de la *théorie de l'autonomie de la volonté*, qui est la conséquence directe de la doctrine de la volonté².

L'autonomie de la volonté est une théorie à tendance individualiste qui soutient que la volonté de l'homme est créatrice de droits subjectifs. Elle correspond au sentiment de *sécurité statique*, comme le dit M. Demogue, c'est-à-dire elle donne des garanties à la liberté individuelle. En effet, quand il s'agit de l'interprétation d'un contrat ce ne sera pas la manifestation de la volonté qu'on prendra en considération, mais l'intention du contractant, seulement pour le cas où la volonté extérieure ne se confondrait pas avec la volonté intérieure.

La doctrine de l'autonomie de la volonté est la doctrine officielle de l'école française. Elle est consacrée par le Code civil dans les trois articles suivants : 6, 1134-1° et 1156. L'article 6 nous la présente sous la forme négative : « On

1. M. Mircea Djuvara va encore plus loin. Il propose de substituer à la notion de volonté psychologique qui reste à la base du droit subjectif la notion de *volonté idéale*, imprégnée de l'idée de justice. C'est la volonté que l'homme *doit* avoir. Ainsi disparaîtraient d'après M. Djuvara, les difficultés qu'on rencontre dans les cas du fou et de l'infans (*Teoria generala a Dreptului (Enciclopedia juridica)*, Libr. Socec, Bucuresti, 1930, t. II, pp. 333-334.)

2. Sur cette question voir entre autres :

Georges Ripert, *Les Limites de la liberté contractuelle* (Cours de doctorat, Paris, 1929-1930), le chapitre « De l'autonomie de la volonté », pp. 8 et suiv. ; René Demogue, *Traité des obligations en général*, t. I, le chapitre « Autonomie de la volonté et déclaration de volonté », pp. 81 et s. ; E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique* (thèse, Dijon, 1912, Libr. Arthur Rousseau, Paris) Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, pp. 347 et suiv. ; Léon Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 3^e Conférence intitulée : « L'autonomie de la volonté », pp. 53 et suiv.

ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». M. Ripert observe, avec raison, qu'on affirme ici la liberté contractuelle *sous une forme indirecte*¹. On trouve également la même doctrine proclamée dans les deux autres articles : art. 1134-1° : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Art. 1156 : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». C'est surtout ce dernier article qui l'exprime d'une manière non douteuse.

On reviendra sur ces choses quand on parlera du contrat comme source des droits subjectifs. Pour le moment, nous voyons que les seules limites énoncées par le Code à cette liberté de contracter sont *les bonnes mœurs et l'idée d'ordre public*, notions assez flexibles. Cette autonomie de la volonté se manifeste, dit M. Georges Ripert, non seulement dans l'intérieur de la législation nationale, mais aussi dans le droit international, par la liberté laissée aux parties de choisir la loi qui leur sera applicable (2° et 3°).

Opposée à la doctrine de l'autonomie de la volonté, se trouve celle de la *déclaration de volonté*, la *Willenserklärungstheorie*, comme on dit en Allemagne, où cette dernière théorie a pénétré davantage.

D'après la *déclaration de volonté* c'est la manifestation de la volonté qu'on doit prendre en considération et non pas l'intention de la personne. En effet, il arrive parfois

1. G. Ripert, *Les limites de la liberté contractuelle*, p. 8.

2. G. Ripert, *ibid.*, p. 13.

3. La question des limites de l'autonomie de la volonté dans le champ de la législation interne et dans celui du droit international a été traitée d'une manière très savante par M. le Professeur Etienne Bartin dans son Cours de droit civil approfondi intitulé « *Distinction des dispositions impératives et des dispositions interprétatives de volonté* ». Ce cours a été professé par M. Bartin à la Faculté de Droit de Paris, au doctorat, pendant l'année scolaire 1925-1926. Voir surtout le chapitre « Les conventions sur la détermination de la preuve ».

que cette manifestation ne coïncide pas avec ce qu'on a voulu. Et on soutient que le droit doit tenir compte de ce qu'on a dit et non pas de ce qu'on n'a pas dit.

La déclaration de volonté correspond d'après M. Demogue au sentiment de *sécurité dynamique*. C'est la manifestation de la volonté dans le cadre de la vie sociale qui constitue ce sentiment et non pas la simple pensée individuelle. Cette doctrine se rencontre, avec quelques atténuations, dans le Code civil allemand.

Nous ne pouvons pas insister plus longuement sur ces deux doctrines. Nous montrons seulement notre inclination pour la doctrine de l'autonomie de la volonté, avec certaines atténuations. En tenant compte de la vraie volonté de l'individu et de sa liberté, elle nous paraît mieux correspondre au sentiment du juste. De plus, il nous semble qu'on peut ainsi établir plus facilement un accord entre l'œuvre de la volonté individuelle comme source créatrice des droits subjectifs et celle des normes objectives de droit. En effet, le rôle de la volonté individuelle serait de conformer ses actes, par exemple le contrat conclu, aux normes objectives de droit. Au cas de non-conformation c'est le législateur, c'est le juge qui doivent conclure à l'anéantissement de ses effets. Ce sera le cas d'un contrat d'adhésion intervenu entre un patron et plusieurs ouvriers à la suite duquel une grève se produirait à cause de la disproportion des prestations.

Mais nous nous sommes éloignés un peu de notre préoccupation immédiate, à savoir la structure du droit subjectif. Il faut y revenir pour étudier la seconde théorie proposée : *celle de l'intérêt*.

Section II. — Théorie de l'intérêt

44. — Parallèle entre la théorie de la volonté et celle de l'intérêt.

45. La doctrine d'Ihering. — 46. Sa critique.

44. La théorie de l'intérêt est tout à fait opposée à la théorie de la volonté. En effet, nous avons vu que d'après cette dernière l'essence du droit subjectif consiste dans l'acte de volonté. La volonté serait la cause efficiente de ce droit subjectif.

La théorie de l'intérêt dit que c'est un non-sens de soutenir de pareilles choses. L'existence des droits est en fonction de *certain buts à atteindre*. Ce sont ceux-ci qui constituent leur substance. Ces buts ne sont que des *intérêts* que la loi considère comme dignes pour les couvrir de sa protection.

45. Ihering est le vrai fondateur de la théorie de l'intérêt. Il a exposé sa doctrine surtout dans *Geist des römischen Rechts*, tome IV¹.

Pour Ihering le droit subjectif comprend deux éléments : un *élément substantiel* et un *élément formel*. Le premier consiste dans l'utilité, l'avantage (*Genuss*) ; le second c'est *l'action en justice*. L'avantage ou le bien forme le contenu du droit. Il suppose deux idées : celle de *valeur* et celle d'*intérêt*. La première détermine les limites de ce contenu ; la seconde se présente sous la forme d'un rapport qui existe entre l'idée de valeur et le sujet de droit. Le droit subjectif exprime cette idée d'intérêt. La loi intervient pour accorder sa protection au droit subjectif par une action en justice, de laquelle on peut user quand il est nécessaire pour

1. *L'Esprit du droit romain*, traduction française par O. de Meulenaere, IV, 3^e édit., pp. 317-354, Libr. Chevalier-Marescq, Paris, 1888.

assurer la réalisation d'un tel intérêt, Ihering arrive ainsi à sa définition célèbre : « *Les droits subjectifs sont des intérêts juridiquement protégés* ».

Dans la théorie de la volonté le rôle de l'Etat était réduit : celui-ci ne faisait autre chose que de suppléer le manque de la volonté de l'individu¹. Au contraire, dans la théorie de l'intérêt, l'Etat est presque tout-puissant : c'est à lui de décider quels sont les intérêts dignes d'être transformés en droits subjectifs et de créer des sujets de droits².

Poussée un peu plus loin, cette théorie arrivera à la conception technique du sujet de droit connue sous le nom de *centre d'intérêts*, qui n'est pas exclusivement consacrée à l'homme, mais qui peut aussi s'appliquer aux animaux et même aux choses.

46. Nous verrons plus tard³ quelles sont les critiques générales qu'on peut faire à la théorie de l'intérêt. Pour le moment, examinons celles qui concernent exclusivement la théorie d'Ihering.

Par certaines objections, M. Duguit ramène la théorie d'Ihering à la doctrine de la volonté⁴. L'idée d'*intérêt général* qui gouverne l'ordre juridique implique le vouloir de cet ordre juridique. De même, le cas des droits reflète reconnus

1. Pourtant le très regretté professeur de Iassy (Roumanie) M. Mathieu Cantacuzène est d'un autre avis. Il considère que c'est l'élément de volonté — la volonté de l'Etat — qui est à la base des théories étatistes et qu'au contraire l'idée d'intérêt individuel constitue le fondement de la conception libérale, (*Elementele dreptului civil*, Edit. « Cartea Românească », Bucuresti, 1921.)

Mais parler simplement de la volonté de l'Etat ou de la Volonté générale c'est un non-sens. Quand on parle de volonté, il faut partir de la volonté des individus et puis monter à la volonté générale, qui n'est qu'une résultante des volontés individuelles. Or, suivre une telle voie c'est exclure l'étatisme. Seule l'idée d'intérêt collectif peut conduire logiquement à une conception étatiste. A vrai dire, on ne nie pas alors la volonté de l'individu, mais celle-ci disparaît devant la voie de cet intérêt collectif.

2. Ihering, *L'Esprit du droit romain*, t. IV pp. 327-331, 3^e édit., libr. Chevalier-Marescq, Paris, 1888.

3. A propos de la théorie de la volonté et de l'intérêt combinés.

4. *Traité de dr. constit.*, 3^e édit. t. I, pp. 286-287.

par Ihering n'implique pas exactement l'idée de droit subjectif justement à cause du défaut de l'élément de volonté.

M. le professeur Mathieu Cantacuzène considère la formule d'Ihering comme trop étroite, parce qu'elle confond le contenu du droit subjectif avec son fondement¹.

Une autre objection vient de la part de M. Gorovtseff. D'après lui, il résulte de la doctrine d'Ihering que les « intérêts protégés », ne constituent pas par eux-mêmes les droits subjectifs, mais qu'il doit y avoir un « titre propre » pour que quelqu'un soit considéré comme sujet de droit. Il y a des intérêts protégés qui ne sont pas des droits subjectifs. Ihering ne nous donne pas une explication de la valeur intrinsèque du droit subjectif. Il ne fait qu'une description de sa manifestation extérieure où les rôles de cause et d'effet sont renversés².

Enfin, d'après M. Luis Recasens Siches, la théorie d'Ihering, de son propre aveu, ne serait valable que dans le droit romain et seulement pour le droit privé³.

Donc le droit subjectif n'est pas caractérisé par le simple qualificatif d'« intérêt protégé par la loi », pas plus que par la notion de « volonté ».

Section III. — Théorie de la volonté et de l'intérêt combinés

47. Nécessité de combiner la théorie de la volonté et celle de l'intérêt. — **48.** Insuffisance de ces deux théories. — **49.** Exposé de la théorie de la volonté et de l'intérêt combinés. — **50.** Le droit reflet — **51.** Sa critique.

47. Les deux théories que nous avons étudiées précédemment ne représentent que des vérités partielles. La structure

1. M. Cantacuzène, *Elementele dreptului civil*, édit. Cartea Românească, Bucaresti, 1921, p. 30.

2. A. Gorovtseff, La lutte autour de la notion de sujet de droit, *Rev. trim. de dr. civ.*, ann. 1926, pp. 945-956.

3. Luis Recasens Siches, Il concetto di diritto subiettivo innanzi alla filosofia giuridica, *Riv. int. di filos. del Diritto*, 1926, pp. 489-490.

du droit subjectif ne consiste ni dans un pur acte de volonté, ni tout simplement dans un intérêt que la loi protège. Il est tous les deux à la fois : *volonté et intérêt*. La première sert à concrétiser le droit subjectif ; le second constitue son contenu. C'est un non-sens d'appuyer sur un élément ou sur un autre. On ne peut avoir une concrétisation vide de contenu ou un contenu non concrétisé. Donc, les deux théories, celle de la volonté et celle de l'intérêt, sont insuffisantes. Il faut les réunir. C'est ce qui donne *la théorie de la volonté et de l'intérêt combinés*.

48. Avant d'étudier cette dernière théorie, il y a encore quelques observations à faire concernant l'insuffisance des deux théories précédentes ¹.

D'abord, il y a ce que nous avons dit tout à l'heure : qu'on ne peut pas concevoir un acte de volonté dénué de contenu.

Ensuite, il y a la critique qui concerne la théorie de la volonté en rapport avec le sujet de droit. Ce sujet de droit est, comme le dit M. Gorovtseff, *fondateur et destinataire* du droit. Or, pour la théorie de la volonté, le sujet de droit se réduit à l'homme fondateur, ce qui est insuffisant. Et même si on admet cette théorie de l'homme fondateur du droit, il y a une grave difficulté à laquelle la théorie de la volonté se heurte : c'est l'impossibilité d'expliquer les droits subjectifs du *fou* et de l'*infans*. Parce qu'ils n'ont pas de volonté, comment peut-on dire qu'ils ont des droits ? La question sera exposée d'une manière un peu plus détaillée à propos du problème du sujet de droit. Ici nous nous contentons de dire qu'on ne peut sortir de cette difficulté qu'en admettant que le droit subjectif est à la fois volonté et intérêt et que le sujet de droit comporte l'exercice et le bénéfice

1. Il ne faut pas oublier de même la critique faite aux doctrines de Windscheid et d'Ihering.

des droits subjectifs, lesquels sont le plus souvent réunis, mais qui se trouvent quelquefois dispersés sur des têtes différentes.

De même, la théorie de l'intérêt comporte plusieurs critiques. Comme nous l'avons vu, elle réduit le droit subjectif à son contenu. Les droits subjectifs ne seraient que des intérêts protégés par la loi, comme le dit Ihering. Et même si on s'en tient à cette formule, on voit qu'il ne s'agit pas d'un simple intérêt, mais d'un intérêt *protégé par la loi*. Or justement cette appréciation est faite conformément à certains principes de droit et en accord avec la volonté individuelle. Par eux-mêmes, les intérêts ne constituent point des droits subjectifs. L'intervention de la volonté humaine est nécessaire pour les faire transformer en droits subjectifs¹. Il y a un intérêt de vendre et d'acheter. Mais tant qu'un accord de volonté n'est intervenu dans ce sens entre deux ou plusieurs personnes aucun droit subjectif n'est né. Ce n'est pas l'intérêt qui est la cause efficiente du droit subjectif, c'est la volonté. L'intérêt n'est que le but à atteindre de cette action volontaire. Expliquer le droit subjectif par l'idée d'intérêt c'est expliquer plutôt les influences extérieures qui s'exercent sur lui que sa nature propre.

Et puis il y a l'idée elle-même d'intérêt. MM. Demogue² et Luis Recasens Siches³ ont montré combien cette notion

1. Il paraît qu'Ihering lui-même revient à cela en parlant du droit de jouissance et de celui de disposition : « Jouir d'un droit sans en disposer peut se concevoir ; disposer sans jouir est impossible. Le droit est tout entier dans ce principe. C'est ce principe qui doit servir de point de départ à la volonté, pour lui permettre de concourir au but général du droit. Ce que la volonté paraît perdre ainsi en importance, en descendant des hauteurs où une fausse abstraction l'a élevée, elle le regagne largement en prenant une part active et efficace au mouvement du droit. Pris dans son ensemble, on peut certainement désigner le droit comme force ; mais on ne doit pas oublier que la force n'est point le but du droit, elle n'est que la forme dans laquelle le droit doit atteindre son but. » (*L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. française par O. Meulenaere, 3^e édit, t. IV, p. 338.)

2. René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, pp. 170-175.

3. Luis Recasens Siches, Il concetto di diritto subiettivo innanzi alla filosofia giuridica, *Riv. int. di Filosofia del Diritto*, 1926, pp. 402, 491.

d'intérêt est difficile à caractériser. D'abord, il est difficile de s'arrêter sur la notion d'intérêt général considéré comme critérium des intérêts individuels. Ensuite, la notion d'intérêt serait une notion psychologique et comme telle toujours changeante et variable.

Il y a encore la question que nous avons touchée tout à l'heure. Si la théorie de la volonté réduit le sujet de droit à l'homme fondateur, la théorie de l'intérêt fait l'inverse : elle ne considère que l'homme destinataire. Mais ni l'une ni l'autre n'a raison. Le sujet de droit joue ordinairement les deux rôles : il est fondateur et destinataire en même temps, car il a l'exercice et le bénéfice du droit subjectif. Et même quand ces deux rôles sont accomplis par des personnes diverses, au fond ils se rapportent au même sujet de droit.

Avec ces critiques nous croyons avoir presque démontré la nécessité de réunir les deux éléments, la volonté et l'intérêt, pour aboutir à connaître la structure complète du droit subjectif. C'est ce qu'on appelle *la théorie de la volonté et de l'intérêt combinés*. Insistons un peu sur cette théorie.

49. La théorie de la volonté et de l'intérêt combinés a comme origine la doctrine de Bekker sur le sujet de droit¹. Celui-ci considère que le droit subjectif a deux éléments : le profit ou l'intérêt (le *Genuss*) et la volonté (la *Verfügung*). Ces deux éléments se trouvent ordinairement réunis sur la même tête. Mais quelquefois le « sujet de jouissance » et le « sujet de disposition » ne sont pas la même personne. On a alors à faire à un « Genusssubjekt » et à un « Verfügungssubjekt ».

Du même avis que Bekker se trouvent Bernatzik, Jelli-

1. Duguît, *Traité de droit constitutionnel*, 1927, t. I, p. 289 ; Gorovtseff, La lutte autour de la notion de sujet de droit, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1926, pp. 926-927.

nek¹, Vanni, Miceli, MM. Lévi, Richard et surtout M. Léon Michoud dans son célèbre ouvrage *La théorie de la personnalité morale*^{2, 3}.

C'est seulement en réunissant les deux éléments, la volonté et l'intérêt, qu'on arrive à saisir la structure complète du droit subjectif. En effet, la volonté exprime la force de réalisation du droit subjectif, celui-ci se présentant comme un pouvoir de l'homme ; l'intérêt, comme son contenu. Ni l'un ni l'autre de ces deux éléments ne constitue à lui seul un droit subjectif. Ainsi on peut en donner la définition suivante :

LE DROIT SUBJECTIF EST LE POUVOIR D'AGIR D'UNE PERSONNE INDIVIDUELLE OU COLLECTIVE EN VUE DE RÉALISER UN INTÉRÊT DANS LES LIMITES DE LA LOI.

50. Il se peut, comme nous le verrons plus loin⁴, que les deux éléments, la volonté et l'intérêt, se trouvent exceptionnellement dispersés sur des têtes différentes. Mais il arrive quelquefois que l'un de ces éléments, la volonté, manque totalement : c'est le cas de ce qu'on appelle *le droit reflet*. Nous nous demandons si dans de telles hypothèses on est véritablement en présence d'un droit subjectif ?

Comme il s'agit d'une notion qui a pris une certaine importance dans les derniers temps et qui paraîtrait faire échec à la théorie que nous avons adoptée plus haut, une sommaire étude sur la notion du droit reflet s'impose.

1. Dans la deuxième édition de son livre *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, Jellinek passe dans le camp des volontaristes.

2. 2^e édit., Libr. générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1924.

3. Au moment de clore notre étude, nous prenons connaissance de l'adhésion à cette opinion de M. le professeur Mircea Djuvara dans son récent ouvrage *Teoria Generala a Dreptului* (*Enciclopedia juridica*), Libr. Socec, Bucuresti, 1930, 3 vol., t. II, pp. 338-341.

4. A propos de la théorie de sujet de droit.

Qu'est-ce que ce droit reflet ?

La loi établit certaines prescriptions dans l'intérêt commun, disons par exemple un régime douanier. De ces prescriptions résultent des bénéfices pour toute une catégorie de citoyens, mais qui ne disposent d'aucune action pour s'assurer ces bénéfices. Cette situation avantageuse de l'individu est appelée, surtout par les auteurs allemands, *un droit reflet*, c'est-à-dire semblable au reflet d'un rayon de lumière vis-à-vis duquel nous sommes dans une attitude passive¹.

Cette théorie se rencontre principalement dans le domaine du droit public. Mais il y a aujourd'hui des tendances à la faire pénétrer aussi dans le champ du droit privé. M. René Demogue est très catégorique dans ce sens². Il dit que chaque fois qu'un contrat, ou n'importe quel acte juridique, profite à un tiers, nous sommes en présence d'un reflet de droit.

Dans la doctrine allemande c'est surtout chez Jellinek que la théorie du droit reflet se trouve développée. Il en parle longuement dans son *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Jellinek établit un critérium de distinction entre les droits subjectifs et les droits reflets. Il trouve pour le droit subjectif *un critère formel* : l'action, — *l'Anspruch*, et *un critère matériel* : un intérêt de l'individu directement protégé. Or l'un de ces éléments, l'action, manque au droit reflet.

En France, cette théorie a comme partisans M. Joseph

1. M. Demogue, se reportant au droit public, définit comme il suit les droits reflets dans son livre *Les notions fondamentales du droit privé* : « Ce sont les avantages que les particuliers peuvent avoir à l'observation de la loi par les pouvoirs publics, sans qu'il y ait de moyen juridique pour obtenir cette observation », p. 363. Et voici sa définition générale : « Pour déterminer le champ des droits ainsi disséminés sur plusieurs têtes, nous dirons qu'il y a droit subjectif lorsque le but poursuivi est l'avantage de ces personnes, quand il y a cause finale, pour employer un terme philosophique. Mais quand il y a simple causalité, simple résultat, il n'y a alors qu'un droit reflet », (p. 365).

2. René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 364.

Barthélemy¹ pour le droit public et M. René Demogue² qui demande son extension au droit privé³.

Un exemple de droit reflet dans le droit privé serait le suivant : Quelqu'un profite du fait que le propriétaire d'une maison s'est engagé envers le locataire d'un étage supérieur à éclairer l'escalier et le garnir d'un tapis. Ce n'est pas un droit subjectif puisque cette personne n'a pas une action envers le propriétaire ; mais, quand même, cet avantage constitue pour lui un droit reflet.

Que faut-il penser d'une telle conception ?

51. Nous avons affirmé que le droit subjectif comprend deux éléments : un acte de volonté et un intérêt digne de la protection de la loi. Dans le cas du droit reflet l'élément de volonté fait défaut. En effet, celui qui bénéficie d'un certain avantage n'a aucune action à sa disposition pour s'assurer la perpétuation. Il ne profite que d'un *état de fait*⁴. On pourrait comparer cet avantage aux bénéfices retirés de la Nature. On ne peut pas dire qu'on a *des droits* vis-à-vis de la Nature.

Le prétendu droit reflet constitue pour nous une tentative faite pour atténuer la force du droit subjectif. Il est né de la doctrine allemande, très souvent nébuleuse, et qui se complaît dans des subdivisions subtiles. Or celles-ci sont fréquemment inutiles. La notion de droit subjectif ne peut

1. Joseph Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, thèse, Toulouse, 1899.

2. René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 363.

3. Voir aussi quelques auteurs qui se sont occupés de cette théorie et qui la combattent :

Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édit. 1927, t. I, pp. 230 et suiv.

Léon Michaud, *La théorie de la personnalité morale*, 2^e édit., 1924, t. I, p. 103.

Basile Minei, *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, thèse, Paris, 1912, Rousseau, pp. 219-220, 293.

4. Dans ce sens Basile Minei, *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, thèse, Paris, 1912, p. 220.

s'appliquer à n'importe quelle sorte de rapports. Elle présente des caractères à part, que nous avons étudiés.

La conclusion est que la théorie de la volonté et de l'intérêt combinés correspond seule à la vraie structure du droit subjectif.

CHAPITRE IV

LES DROITS SUBJECTIFS PRIVES ET PUBLICS

52. La distinction entre le droit privé et le droit public et la question des droits subjectifs. — **53.** Les rapports qui existent entre les droits subjectifs privés et les droits subjectifs publics. — **54.** L'origine commune des deux espèces de droits. Les observations d'Jellinek et leur critique.

52. Malgré les discussions récentes, la distinction établie entre le droit privé et le droit public est fondamentale pour l'étude rationnelle du droit ¹.

Cette distinction trouve des applications importantes à propos de la question des droits subjectifs. Nous avons dit au commencement que nous nous occupons seulement de son étude en droit privé. Et nous ne changerons pas de programme. Pourtant, pour cette étude même, il faut toucher un peu au problème du droit subjectif public.

53. D'après une certaine conception, il n'y aurait que des droits subjectifs privés ². Dans le droit public il ne s'agirait que des *fonctions sociales*. D'après une conception tout à fait opposée, au contraire, les droits subjectifs privés appar-

1. Elle est connue depuis l'antiquité. Ulpien la définissait comme il suit : « Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem : sunt enim quaedam publicae utilia, quaedam privatim », *Ulpianus*, L. 1, § 2, De justitia et jure, 1, 1, (§ 4, eod., 1,1).

2. Voir, par exemple, Mathieu Cantacuzène, *Elementele dreptului civil*, Edit. Cartea Românească, Bucuresti, 1921.

tiennent au fond au droit public¹. On reconnaît facilement le caractère individualiste de la première conception et le caractère étatiste de la seconde.

Nous croyons qu'il y a des droits subjectifs privés et publics. Les premiers concernent les relations entre les individus. Ils sont plus prononcés dans le domaine patrimonial, mais ils existent également dans celui concernant la constitution de la famille. Les droits subjectifs privés, surtout les droits patrimoniaux, impliquent une large liberté individuelle soit quant à leur existence, soit quant à la preuve. Cette liberté est limitée seulement par *les bonnes mœurs* et par *l'idée d'ordre public*².

Les droits subjectifs publics concernent les rapports juridiques qui existent entre les individus et l'Etat. Conformément à notre doctrine du droit naturel les individus auront des droits même à l'égard de l'Etat. Ceux-ci dérivent du *droit naturel social*. Ainsi on peut citer en premier lieu les droits de collaborer à la direction de l'Etat, sous forme de droit de suffrage, de droit d'être élu parlementaire, être juré, etc. Mais nous hésitons à attribuer à l'Etat des droits subjectifs publics. L'Etat est un fait, une nécessité sociale. Il est la forme la plus parfaite de la vie en commun des hommes. Etant le *summum* il peut avoir des pouvoirs, comme le disent beaucoup d'auteurs, mais non pas des droits.

1. Ainsi Thon (*Rechtsnorm und subjectives Recht*), en suivant en cela Binding (*Normen*, I, S. 144) dit, que toute norme et toute infraction à la norme sont du domaine du droit public, car à la base de chaque norme se trouve un commandement.

De même, dans une certaine mesure, Jellinek dans son *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, à la page 62, dit que tout droit de l'individu vient de l'Etat. Pourtant, plus loin, il établit des distinctions formelles entre le droit subjectif privé et le droit subjectif public.

2. M. le Professeur Georges Ripert dans son cours de doctorat précité, *Les limites de la liberté contractuelle*, montre que la notion d'ordre public est un problème presque insoluble, tellement il est difficile de le déterminer.

54. Nous voyons donc que le droit subjectif domine tout le droit. Les deux grandes divisions, les droits privés et les droits publics, ne constituent que les deux parties de la même unité logique. Il faut remonter aux premiers principes de droit, à l'idée de Justice, pour retrouver cette unité. Mais, comme nous l'avons dit *il y a un droit naturel individuel et un droit naturel social*. Le droit privé et le droit public correspondent, dans une large mesure, à cette division. Les droits subjectifs suivront la même voie.

Nous n'insistons plus sur les différences qui existent entre les droits subjectifs privés et les droits subjectifs publics. Nous rappelons seulement deux observations, très importantes, faites par Jellinek¹, à savoir : 1° La possession des droits subjectifs publics est indépendante de l'existence des droits subjectifs privés chez la même personne ; 2° la perte des droits subjectifs publics diminue énormément la personnalité de l'individu, ce que ne fait pas la perte des droits subjectifs privés.

Pourtant nous faisons des réserves à propos d'une telle opinion. On pourrait plutôt dire que ce sont les droits subjectifs privés qui sont indépendants des droits subjectifs publics. En effet, celui qui a la capacité civile restreinte a nécessairement la capacité politique diminuée ou même inexistante. Ensuite, à la seconde observation d'Jellinek, on peut répondre que dans la vie ce sont surtout les droits privés qui présentent plus d'importance. S'ils manquent à quelqu'un, celui-ci ne peut accomplir les opérations juridiques les plus élémentaires : vendre, louer, hypothéquer, manifestations de la vie humaine de tous les jours. Il n'en est pas de même des droits subjectifs publics, qui sont exercés plus rarement et qui concernent en premier lieu l'intérêt

1. G. Jellinek, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, p. 62.

de la société. Pourtant nous estimons suffisamment la valeur de ces droits subjectifs publics, liés au titre de citoyen. Et nous déclarons, sans hésiter, que la personnalité complète de l'homme et du citoyen doit réunir les deux espèces de droits subjectifs : *privés* et *publics*.

CHAPITRE V

SOURCES POSITIVES ET GARANTIES DES DROITS SUBJECTIFS

Section première. La loi, la jurisprudence et les traités internationaux comme sources positives des droits subjectifs. — **Section II.** Garanties juridiques et extra-juridiques des droits subjectifs.

Section I. — La loi, la jurisprudence et les traités internationaux comme sources positives des droits subjectifs

55. Généralités sur les diverses sources positives du droit subjectif. — **56.** La Constitution. — **57.** La loi ordinaire. — **58.** La jurisprudence. — **59.** Les traités internationaux.

55. Précédemment, nous avons essayé d'établir que le vrai fondement du droit subjectif se trouve *dans les normes objectives de droit naturel transcendant*. Mais, en faisant cette analyse, nous avons reconnu avoir dépassé la vie juridique proprement dite. Il faut donc se rapprocher de cette dernière réalité, qui est *le droit positif* et voir dans quelle mesure celui-ci pourrait servir de source au droit subjectif.

Le rôle du droit positif est de concrétiser les normes de droit naturel au fur et à mesure que les besoins sociaux le demandent. C'est par lui que la vie juridique et les droits subjectifs prennent naissance. L'individu n'aura qu'à les mettre en valeur par un acte de volonté.

Donc dans ces trois étapes de concrétisation du droit subjectif, le droit positif joue un rôle très important. Nous considérons que cette œuvre de droit positif ne doit pas être limitée seulement à la loi, mais que le travail de la jurisprudence et les traités internationaux en font partie. C'est ainsi qu'il faut étudier à part la loi, la jurisprudence et les traités internationaux comme sources positives et comme garantie des droits subjectifs.

56. Quand on parle de loi, on pense à la *Constitution* et aux *lois ordinaires*.

Dans le passé, on rencontrait aussi des *Déclarations de droits*, qui précédaient les constitutions. Mais celles-ci n'ont jamais été autre chose que des déclarations très générales de principes¹.

Dans la plupart des Constitutions modernes, ces Déclarations en font partie intégrale, tout en prenant place à côté des dispositions réservées à la *garantie* des droits subjectifs privés et publics^{1, 2}. Donc, la Constitution est la première source positive du droit subjectif et sa garantie la plus sûre. Mais ici encore on ne trouve que des principes, il est vrai, soigneusement précisés. L'œuvre vraiment créatrice de droits subjectifs reste à la charge de la loi ordinaire.

La Constitution agit, vis-à-vis du législateur ordinaire, « tantôt par voie d'interdiction, tantôt par voie d'injonction », comme le dit M. Joseph Barthélemy⁴. En effet, quel-

1. A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8^e édit., revue par Henry Nézard, 2 vol., Sirey, Paris, 1927-1928, t. I, p. 592.

2. A. Esmein *ibid.*, p. 591.

3. En ce qui concerne les nouvelles Constitutions, voir les constitutions : allemande du 11 août 1919, bavaroise de 1919, polonaise de 1919, roumaine du 28 mars 1923 (Titre II, art. 5-32, *Des droits des Roumains*).

4. Joseph Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, thèse, Toulouse, 1899, p. 142.

quefois la liberté du législateur ordinaire est restreinte par la Constitution pour ne pas tomber en contradiction avec ses principes ; d'autres fois, la Constitution lui indique certaines directives.

Ainsi la Constitution n'est pas seulement la première source positive du droit subjectif, mais elle est aussi sa garantie, surtout dans les pays où on connaît *la constitutionnalité des lois*.

57. La vraie source positive du droit subjectif privé est *la loi ordinaire*. En effet, la volonté de l'individu et l'intérêt vers lequel elle se dirige ne suffisent pas pour que nous soyons en présence d'un droit subjectif. Il est nécessaire qu'une appréciation juridique, faite par la loi, intervienne aussi bien quant à l'exercice de cette volonté que quant à la qualité de l'intérêt. C'est ainsi que la loi proclame certaines situations comme étant des droits subjectifs ou empêchent certains autres d'en devenir. La loi dispose par voie générale. C'est dans ses applications qu'elle s'individualise et prend contact avec *la réalité sociale*. Par rapport à celle-ci elle serait *comme la forme auprès de la matière*, pour nous servir de la conception d'Aristote.

En ce qui concerne les droits subjectifs privés, elle laisse assez de liberté aux individus pour les modeler comme ils désirent. Elle établit pourtant deux limitations que l'intérêt général réclame : *c'est l'idée d'ordre public et celle des bonnes mœurs*¹.

A côté de la Constitution, la loi sert de garantie aux droits subjectifs, à condition qu'elle soit *juste*. *Une loi est juste quand elle est conforme aux principes généraux de droit naturel*. Une loi injuste est la pire menace pour nos

1. Voir plus haut, n° 53, p. 99.

droits subjectifs et on verra plus loin comment il faut réagir contre elle.

58. Pour finir avec *les sources positives internes*, il faut se demander quel est le rôle de la jurisprudence ? M. Joseph Barthélemy attribue une part très importante à la jurisprudence administrative dans la création des droits subjectifs des administrés. Il dit, il est vrai, qu'en pure théorie juridique le rôle de la jurisprudence n'est que de *constater* les droits subjectifs, mais qu'en pratique elle leur donne naissance. Le Conseil d'Etat aurait dans ce sens un vrai « pouvoir prétorien ». D'après le même auteur la question ne se pose pas quant à la jurisprudence de la Cour de cassation¹.

Pourtant nous nous permettons d'être d'un avis un peu différent.

Quand est-ce que le Conseil d'Etat a un « pouvoir prétorien » pour donner naissance à des droits subjectifs ? Quand la situation est telle qu'il y a une large possibilité d'appréciation, c'est-à-dire quand il n'est pas lié par des textes.

La même chose se passe, plus rarement, il est vrai, avec la jurisprudence civile. Quand le texte manque, elle crée une action pour sauvegarder un intérêt digne de la protection juridique. L'exemple le plus palpable et le plus récent se trouve dans le cas de l'enrichissement sans cause².

Comme le fait remarquer M. André Rouast³, le principe proprement dit de l'enrichissement sans cause n'est pas

1. Joseph Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, p. 185.

2. Sur la portée de la jurisprudence civile et la position qu'elle occupe vis-à-vis de la doctrine et de la loi, voir Julien Bonnecase, *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil par Baudry-Lacantinerie et divers collaborateurs*. Libr. Sirey, Paris, 1925, tome II, surtout pp. 213-264, le chapitre intitulé « Observations générales sur la fonction et l'œuvre de la jurisprudence dans la pratique actuelle du Droit civil ».

3. André Rouast, L'Enrichissement sans cause et la jurisprudence civile, *Rev. trim. de dr. civ.*, ann. 1922, p. 42.

inscrit dans le Code civil, malgré l'existence des articles 548, 554, 555, 570, 571, 1241, 1312, 1864. Or la jurisprudence s'est trouvée en présence de faits qui demandaient une solution. Alors elle a eu un véritable rôle créateur quant à l'existence d'un droit subjectif basé sur l'idée d'enrichissement sans cause ¹.

59. Il nous reste encore *une source positive externe* des droits subjectifs privés : ce sont *les traités internationaux*.

Supposons, par exemple, le cas où, à la suite d'une guerre, une certaine somme a été attribuée à un Etat à titre de réparation pour les dégâts faits aux particuliers par l'armée de l'Etat payant. Ce traité, au point de vue interne, a la valeur d'une loi. Donc, l'Etat qui reçoit cette somme est obligé de la rembourser à ses sujets qui ont subi un préjudice. C'est un droit subjectif qui naît pour eux par le traité conclu. L'exemple ne peut être limité seulement à cette question. Il peut avoir lieu en temps de paix, surtout à propos des affaires commerciales de toutes sortes.

Section II. — Garanties juridiques et extra-juridiques des droits subjectifs

60. Garanties juridiques : la loi et l'application correcte de celle-ci. —

61. Garanties extra-juridiques : le droit de résistance à l'immoralité des gouvernants et aux lois injustes.

60. La *garantie juridique* de nos droits subjectifs privés résulte de la Constitution et des lois ordinaires, à condition qu'elles soient justes. Cette garantie résulte encore de la manière dont on applique les lois, soit par les organes judiciaires, soit par les organes administratifs.

1. Voir Req., 15 juin 1892, S. 93. I. 281 avec une note de M. Labbé ; et surtout les arrêts du 12 mai 1914, S. 1918. I. 41 et du 2 mars 1915, D. 1920. I. 102.

61. Ordinairement, c'est la seule garantie de nos droits subjectifs. Mais dans des époques de transition, quand la tradition du passé ne veut pas céder le pas à l'état nouveau des choses, dans des époques de troubles sociaux quand l'ordre juridique est renversé et que les lois deviennent injustes et oppressives, de même quand les gouvernants se rendent coupables d'une immoralité évidente dans l'exercice de leurs fonctions, on se demande si on ne doit pas recourir à *des moyens extra-juridiques* pour faire rétablir l'ordre social de droit ?

Le cas de l'immoralité des gouvernants qui persistent à garder les pouvoirs est plus près de l'état de fait. On réagira par la même voie, en prenant toutes les mesures de précaution et en invoquant l'ordre juridique qui doit régner.

Mais la situation *des lois injustes et oppressives* est plus délicate¹. Ici on ne se trouve pas en face d'un état de fait, mais d'un soi-disant état de droit. Que doit-on faire ?

La question a été envisagée depuis très longtemps, mais d'une manière plus précise par Saint Thomas². Ceux qui ont étudié plus tard la question ont pris pour base son étude.

La résistance aux lois injustes peut être *purement passive, défensive*, et enfin *la résistance peut être offensive*.

La première passe souvent presque inaperçue. Elle consiste à ne pas prendre l'initiative pour collaborer à l'œuvre de l'ordre juridique existant. On attend que la loi impose

1. Nous rappelons ce que nous avons dit plus haut : *une loi est injuste et elle le devient nécessairement quand elle n'est pas conforme aux normes de droit naturel*.

2. Sur toute cette matière, voir entre autres : François Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, pp. 120-136 ; Georges Renard : *Le Droit, la Justice et la Volonté*, Sirey, Paris, 1924, pp. 190-192 ; Jean Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*, Sirey, Paris, 1929, pp. 673, 727-729 et 767-769.

telle ou telle obligation pour qu'elle soit remplie. A cause de son caractère pacifique, elle est considérée comme *une résistance légitime*.

Un degré plus prononcé d'opposition aux lois injustes est *la résistance défensive*. Elle consiste dans le refus de la part des particuliers d'accomplir les ordres de la loi.

Si on n'aboutit à un changement de l'ordre juridique, ni par cette voie, ni par aucun autre moyen (presse, réunions de protestation, etc.), alors il ne reste que *la résistance offensive*, c'est-à-dire *la révolution*. Les lois injustes ne sont pas, à vrai dire, des lois. Elles ne méritent pas de vivre. La sauvegarde des droits subjectifs demande la suppression de ces lois, même par la violence. Mais on doit épuiser d'abord tous les autres moyens, on doit avoir de son côté l'opinion de la grande majorité du peuple et on doit être sûr que le mal qui suivra ne sera pas plus grand que celui présent¹.

D'ailleurs la civilisation implique, de plus en plus, un respect plus grand pour les droits subjectifs. Il y a *une certaine moralité sociale* qui empêche d'en abuser². C'est ainsi que l'occasion de pareils troubles deviendra toujours plus rare.

1. Dans ce sens tous les auteurs modérés, parmi lesquels on doit citer en premier lieu, l'opinion de M. François Gény, (*Science et technique en droit privé positif*, t. IV, p. 125).

2. L'Angleterre est prise à ce point de vue comme l'exemple typique.

CHAPITRE VI

ETUDE DE DROIT COMPARE LES DROITS SUBJECTIFS DANS LA LEGISLATION SOVIETIQUE

62. Le droit subjectif existe dans les législations de tous les pays. — **63.** Situation spéciale de la Russie soviétique. — **64.** Première législation : pas de traces de droits subjectifs. — **65.** Législation récente : la conception de droit subjectif existe, mais elle est détournée dans un but révolutionnaire.

62. L'étude théorique du droit subjectif se présente presque sous le même aspect dans la conception juridique de tous les peuples civilisés. Cette notion figure avec les mêmes caractères dans toutes les législations. Les théories négatives n'ont pas pu trouver de place dans les Codes des différents pays. Ainsi nous croyons qu'il n'est pas nécessaire d'entreprendre un examen des diverses législations concernant des points de détail, qui ne nous intéressent pas.

63. Mais nous ne dirons pas la même chose de la nouvelle législation soviétique russe. Elle diffère complètement de la pensée juridique des autres pays à propos de la notion de droit subjectif. Nous sommes donc obligé de nous y arrêter¹.

1. Au moment de clore ce travail nous prenons connaissance de la publication parue sous la direction de MM. Paul Tager et autres, intitulée *Traité de droit civil et commercial des Soviets*, 3 vol., Libr. gén. de dr. et de jurispr., Paris 1930. Nous regrettons de ne pas avoir pu utiliser cet important ouvrage.

Dans un pays où un bouleversement s'est produit, comme cela a eu lieu en Russie, examiner sa législation civile c'est examiner d'abord son droit public. Tout s'y passe dans le cadre de la vie d'Etat et par l'Etat. Les Déclarations de droits, les Constitutions, les dispositions de droit public y auront une importance immense. Les lois appartenant au droit privé ne peuvent être regardées qu'à la lumière du droit public.

C'est ainsi qu'en Russie soviétique, surtout dans les années plus rapprochées de la Révolution, parler de droits subjectifs, c'est parler de droits individuels en général et spécialement des constitutions qu'on s'est données.

64. Que trouvons-nous en Russie à ce point de vue ?

Il y a d'abord *La Déclaration des Droits du Peuple Travailleur et Exploité*, du 16 janvier 1918¹, qui est la première manifestation constitutionnelle du communisme intégral. Elle se caractérise donc par l'absence complète de tout principe de droit subjectif, qui implique un certain individualisme. Nous trouvons consacré dans cette Déclaration le principe de l'expropriation forcée, pour ne prendre qu'un seul exemple typique appartenant au droit privé. De même, en ce qui concerne le droit public, il n'y a pas de trace de droit individuel, de liberté proprement dite.

Mais *La Déclaration des Droits du Peuple Travailleur et Exploité* a été bientôt insuffisante. En conséquence, le 10 juillet 1918, la République Socialiste Fédérative Russe Soviétique (R. S. F. S. R.) s'est donnée une *Constitution*, dans laquelle on a ajouté à la Déclaration des Droits du Peuple Travailleur et Exploité une seconde partie.

1. Voir le très intéressant ouvrage de M. B. Mirkine-Guetzevitch, *La théorie générale de l'Etat soviétique*, avec une préface de M. Gaston Jèze, Libr. Marcel Giard, Paris, 1928.

La Constitution du 10 juillet 1918 pousse plus loin le principe posé par la Déclaration. Il n'y a pas de droits subjectifs au profit de l'individu, mais il y a seulement *des pouvoirs de classe*. Or, *cette classe se confond avec l'Etat*¹. Pour cette raison, M. le professeur Gaston Jèze, dans la préface qu'il a écrite à l'étude de M. B. Mirkine-Guetzevitch, *La théorie générale de l'Etat soviétique*, s'exprime de la façon suivante : « Le régime soviétique se résume en ceci : la violence au service des intérêts d'une classe », et il le caractérise d'« absolutisme sans limites » et de « dictature extra-juridique ».

Conformément à cette conception de classe qui se confond avec l'Etat, l'article 32 de la Constitution décide : « Dans l'intérêt de la classe ouvrière considérée dans son ensemble, la R. S. F. S. R. prive de leurs droits les individus et les groupes séparés. »

Les restrictions aux diverses libertés de l'individu se manifestent dans tous les sens : domicile, circulation, travail ; nous ne parlons plus de réunions et de manifestation de la pensée. De même, on trouve *une mort civile spéciale* qui a comme origine le fait d'appartenir à la *bourgeoisie*². En plus, on trouve *le régime des privilèges* pour les membres du Parti communiste.

65. Mais la législation soviétique a évolué sous l'empire des nécessités. La Déclaration et la vieille Constitution ont été remplacées par *une nouvelle Constitution du 11 mai 1925*, avec des principes plus atténués. La législation civile a fait son apparition sous forme de *Codes*. Or ces Codes, par exemple *le Code civil soviétique*, ont à leur base *l'idée de droit subjectif*. Seulement *cette idée est détournée*

1. Mirkine-Guetzevitch, *La théorie générale de l'Etat Soviétique*, p. 9.

2. B. Mirkine-Guetzevitch, *ibid.*, p. 10.

en faveur des intérêts et des buts révolutionnaires. L'article premier du Code civil soviétique dit :

« Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans le cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale. »

Nous constatons donc une évolution de la législation soviétique russe dans le sens de prendre en considération la personne de l'individu et même de lui accorder une liberté absolue¹. Seulement cette liberté n'est qu'idéologique. En fait, on détruit l'ancien régime pour établir celui de l'étatisme pur. Il se peut que l'évolution se poursuive encore plus profondément dans la nouvelle Russie et que la législation et la situation de l'individu changent dans le sens d'une vraie liberté.

Mais à l'état présent nous devons constater qu'à la différence des autres pays, en Russie, ni la Constitution, ni les lois ordinaires ne garantissent le système des droits subjectifs. C'est en cela que la législation soviétique russe diffère de celles des autres pays. Cette expérience faite par la Russie est douloureuse pour l'individu, aussi bien que pour la société. Elle nous prouve encore une fois la valeur du droit subjectif qui est une réalité découlant de la nature des choses. Or celle-ci présente des sommets plus hauts et plus solides que ceux de la vague révolutionnaire. Ce sont les principes de la doctrine du droit naturel transcendant auxquels, en dernière analyse, chaque législation doit se reporter. En effet, malgré ses accommodements, le droit subjectif comporte une sorte d'*immutabilité* qui constitue pour nous le caractère fondamental de cette doctrine.

1. En ce qui concerne la constitution de la famille par exemple, voir le livre de M. Pierre Chaplet, *La famille en Russie soviétique*, Libr. Marcel Giard, Paris, 1929, surtout p. 357.

TITRE II

Sphère d'application du droit subjectif : Le sujet de droit

CHAPITRE PREMIER

DE L'EXISTENCE DU SUJET DE DROIT

Section première. Généralités. — **Section II.** Les diverses théories sur la notion de sujet de droit.

Section I. — Généralités

66. Le rapport étroit qui existe entre la notion de droit subjectif et celle de sujet de droit. — **67.** Terminologie. — **68.** Rôle plus important du sujet de droit dans le droit privé.

66. En étroite liaison avec le droit subjectif se trouve la notion de sujet de droit.

On comprend en droit privé par sujets de droit les personnes entre lesquelles s'établit le rapport de droit subjectif. De cette définition il résulte qu'il y a deux sujets de droit : un sujet actif et un sujet passif. Le rôle prépondérant revient au premier, puisque c'est lui qui prend l'initiative. Le sujet actif est le titulaire du droit subjectif. Pourtant celui-ci ne peut exister sans un second sujet de droit, qui est l'obligé¹.

L'étude sommaire de la notion de sujet de droit est

1. On reviendra plus loin sur la question.

indispensable pour expliquer la notion de droit subjectif. En effet, le sujet de droit représente la sphère d'application du droit subjectif. Or cette sphère peut être conçue d'une manière plus large ou plus restreinte. La notion de sujet est tellement importante que M. Ferrara la considère comme *une catégorie a priori du droit*¹. Nous tâcherons de l'étudier dans ses aspects les plus importants. Mais avant d'aborder l'étude principale, il y a quelques questions qui doivent être éclairées dès à présent.

67. Une première question préliminaire est celle qui concerne *le nom*.

En effet, la terminologie n'est pas bien précise. Tout le monde n'est pas d'accord sur le sens du mot « *sujet* » en général et sur celui de « *sujet de droit* » en particulier. Ici encore nous faisons appel à l'autorité de Littré. Voici ce qu'il dit à propos du mot sujet pris comme adjectif et comme substantif :

« *Sujet, ette*, adj. 1° Qui est dans la dépendance, qui est obligé d'obéir. Nous sommes tous sujets aux lois et aux coutumes du pays où nous vivons² ».

« *Sujet*, s. m. 1° Cause, raison, motif... 3° Il se dit des personnes qui sont objet, sujet, motif de quelque chose³ ».

Donc, conformément à la définition du mot, le sujet implique à la fois celui qui est la cause et celui qui subit ses effets. Chacune des deux personnes entre lesquelles il existe le lien juridique d'un droit subjectif est défini par deux mots : *sujet actif* et *sujet passif*. Le premier terme

1. « Bisogna convenire che qualunque sia la concezione da cui si porta pel diritto soggettivo, l'esistenza d'un soggetto è una necessità concettuale, una categoria a priori. Senza soggetto il diritto non può esistere, come una forza senza un corpo » (Teoria delle persone giuridiche, Napoli et Torino, 1915, p. 160).

2. E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, Paris, tome II, 2^e partie, pp. 2077-2078.

3. E. Littré, *ibid.*, pp. 2078-2079.

constitue le *genus proximum*, le second la *differentia specifica*. Les rôles que joue chaque sujet sont ainsi bien définis.

Nous repoussons par conséquent les théories qui réduisent le sujet de droit au simple sujet actif ; de même, celles qui voudraient changer ce nom contre celui de *titulaire de droit*¹.

68. Une seconde observation préliminaire se rapporte au caractère plus prononcé que la notion de sujet de droit présente en droit privé.

En effet, ici l'existence des droits subjectifs est incontestable d'après ce que nous avons vu. En même temps, les droits subjectifs sont très nombreux en droit privé. Les rapports juridiques qui s'y établissent ont lieu entre les individus seuls ou sous forme de personnes morales de droit privé et non pas entre l'individu et l'organisation étatique. L'homme est le sujet de droit par excellence, le vrai sujet de droit naturel. On ne lui conteste pas cette aptitude dans le monde civilisé.

Dans le domaine du droit public on a en face de soi la collectivité étatique. C'est ainsi qu'on y discute la question de savoir si ce sont des rapports de droit subjectif qui s'établissent entre elles et les particuliers ou des rapports d'une nature différente.

Donc, le droit privé est plus propre au développement aussi bien de l'idée de droit subjectif qu'à celle de sujet de droit.

1. Comme le fait, par exemple, M. Basile Minei dans son *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, Thèse, Paris, 1912, Arthur Rousseau, p. 312.

Section II. — Les diverses théories sur la notion de sujet de droit

69. Renvoi pour certains points à l'étude du droit subjectif. — **70.** La doctrine négative de M. Léon Duguit. — **71.** La théorie des « droits sans sujets ». — **72.** La théorie technique. — **73.** La doctrine de la « dématérialisation » de M. Gorovtseff. — **74.** Théorie de la réalité du sujet de droit ; atténuations.

69. En étudiant la notion de droit subjectif, nous avons longuement exposé et critiqué les principales doctrines concernant la question. Ces doctrines embrassent d'un seul coup le droit subjectif et le sujet de droit. Il est tout à fait inutile de revenir d'une manière plus détaillée sur ce que nous avons déjà dit. On ne fera que passer rapidement en revue les diverses conceptions dont nous nous sommes occupés et insister sur celles que nous rencontrerons pour la première fois.

70. Il y a d'abord *les théories qui nient le sujet de droit*.

En premier lieu, il y a la théorie de M. Léon Duguit.

L'auteur fait la distinction entre *les sujets de droit objectif* et *les sujets de droit subjectif*¹. Les premiers sont tous les hommes, puisque tous les hommes sont soumis à la règle de droit. Mais, comme le fait remarquer M. Gén^y², c'est une notion dépourvue d'intérêt pratique.

En ce qui concerne les sujets de droit subjectif, M. Duguit fait la même appréciation comme pour le droit subjectif : c'est une notion métaphysique. Il la considère comme « une persistance de la conception scolastique de substance »³. Par conséquent, elle doit être bannie de la science réaliste du droit.

1. *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, p. 452.

2. Fr. Gén^y, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, p. 189.

3. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, p. 60.

Nous avons montré que le droit subjectif n'est pas nécessairement une notion métaphysique. Le sujet de droit n'est que le support du droit subjectif. Un système qui n'admet pas la recherche métaphysique peut très bien se contenter de cette simple explication. Il n'y a donc aucun motif pour nier la notion de droit subjectif. Elle représente l'homme seul ou sous forme de collectivité dans sa manifestation de volonté pour réaliser un droit subjectif.

Nous rappelons que M. Duguit n'a pas pu se passer lui-même de la notion de sujet de droit. Sa « situation juridique subjective » le ramène nécessairement à cela. Et il est disposé à le reconnaître dans « l'homme conscient de ses actes »¹.

71. Une autre théorie négative est celle des « *droits sans sujet* ». Elle diffère de la théorie précédente par le fait que ce n'est pas à cause d'une tendance antimétaphysique qu'on nie l'existence du sujet de droit, mais parce que vraiment il n'existerait pas *dans certains cas*. Par conséquent, une caractéristique de cette théorie est qu'elle est *particulière* et non pas générale. Elle est plus connue sous le nom de *la théorie de « Zweckvermögen » (patrimoine à but)*. C'est la forme qui lui a été donnée par Brinz à propos des personnes morales².

1. « Si donc on veut rester dans la réalité directement observable, on doit affirmer qu'il n'y a pas d'autres sujets de droit que *l'homme conscient de ses actes*. Toute autre affirmation est hypothétique et doit être écartée par une doctrine juridique réaliste », *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 452.

2. Bibliographie sur la question : Francesco Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche* (le chapitre « Teoria del patrimonio allo scopo », pp. 152 et s.), dans *Il diritto civile italiano*, publié sous la direction du professeur Pasquale Fiore, Eugenio Marghieri, Napoli, Unione Tip.-Editr. Torinese, Torino, 1915 ; Ernest Roguin, *La Science juridique pure*, Libr. de l'Université, F. Rouge, Lausanne et Libr. gén. de dr. et de jurispr., Paris, 1923, t. II, pp. 296 et s. ; Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^e édit., Sirey, Paris, 1916, pp. 93-94 ; A. Gorovtseff, La lutte autour de la notion de sujet de droit, *Rev. trim. de dr. civ.*, année 1926, pp. 918 et s.

De même, M. Ferrara nous donne la bibliographie suivante (op. cit., p. 153)

Il paraît que l'origine de la théorie des « droits sans sujets » se trouve chez les auteurs allemands¹ dans l'idée d'*hereditas jacens* et de succession attribuée à un *nasciturus*. M. Ferrara reconnaît² que la première idée n'a pas d'applications, mais que la seconde se trouverait consacrée par le code civil italien (art. 764). Il est plus plausible de répondre que des biens peuvent se trouver à un moment donné sans maître, mais que là où il y a un droit il doit y avoir un sujet à qui ce droit appartient. M. Roguin fait remarquer que dans le cas où la loi ordonne d'administrer certains biens en vue d'un propriétaire futur il n'y a en réalité que seul le droit d'administration³.

La théorie de « Zweckvermögen » de Brinz présente un intérêt spécial. Elle explique les personnes morales sans faire appel à l'idée de sujet de droit. Les personnes morales ne seraient que des masses de bien en vue de réaliser certains buts. L'importance de cette théorie consiste dans l'idée de *but* qu'elle met au premier plan. Des théories nouvelles, comme celles de Bekker ou de M. Demogue, viendront pour élargir cette idée et créer ce qu'on appelle les « centres d'intérêts ». Une technique juridique extrême ira jusqu'à voir des sujets de droit partout où il y a des centres d'intérêts : aussi bien dans les animaux que dans les choses. La répercussion s'exerce fatalement sur la notion du droit subjectif lui-même. Celui-ci ne consistera plus dans deux éléments réunis : volonté et intérêt. Il se réduira à un seul : l'intérêt.

Quelle est l'appréciation qu'on peut porter sur cette

pour l'histoire de la question : Windscheid, *Die ruhende Erbschaft und die vermögensrechtliche Persönlichkeit* (Krit. Ueberschau, I, p. 186), 1853 ; Windscheid, *Die Actio*, Appendice, p. 233 ; Kuntze, *Die Erbschaft*, 1856, pp. 9 et suiv. ; Bekker, *Das Bekkers Jahrbüchern*, I, pp. 295-306.

1. Köppen, Bekker, Unger ; et puis Dietzel, Fitting.

2. Ernest Roguin, *La Science juridique pure*, t. II, p. 297.

3. Ernest Roguin, *ibid.*, p. 297.

théorie des droits sans sujets? D'abord elle va contre la logique. Le droit subjectif, qui comporte un acte de volonté consciente, suppose un sujet actif pour l'accomplir et un sujet passif pour subir les effets de cet acte. Il établit un rapport juridique entre deux personnes, individus ou personnes morales, qui constituent son support. Il est absurde de considérer qu'un tel rapport existe dénué de ce support. Ensuite, cette théorie se présente sous forme d'abstraction. Les lois et la pratique judiciaire supposent toujours un sujet de droit dans les dispositions législatives et dans les arrêts rendus.

Cette théorie des droits sans sujet pèche ainsi de deux façons : elle n'est pas conforme à la logique ; elle n'est pas conforme à la réalité des institutions juridiques.

72. Une conception importante concernant le sujet de droit est représentée par *la théorie technique*.

Ses partisans en France sont MM. Gén y et Demogue.

On s'en est occupé à propos de la notion de droit subjectif. Il est nécessaire seulement de rappeler que, malgré l'importance que M. Gén y attribue à la notion de sujet de droit, elle ne reste pour lui qu'un simple « artifice » de technique juridique, qui peut être remplacé un jour par une autre notion plus adéquate. De même, pour M. Demogue elle n'est qu'une « image », un « vocable commode ». Mais ce qui est intéressant chez M. Demogue c'est l'extension qu'il donne à la notion de sujet de droit. C'est ainsi que n'importe quel centre d'intérêts pourrait être sujet de droit par voie de technique juridique : un animal, un monument pour l'entretien desquels un legs a été fait, les morts pour leurs intérêts moraux qui leur survivent ou pour leur tombe, etc.

Nous apprécions le rôle important que joue la technique

juridique sous forme de technique législative, en matière de sujet de droit, surtout en ce qui concerne l'infans, le fou et les personnes morales. Pourtant cette technique ne reste que l'auxiliaire du donné juridique, qui consiste dans des normes objectives de droit naturel. Ces normes objectives juridiques indiquent que le droit se limite aux hommes, pris individuellement ou sous forme de collectivité. Nous ne pouvons admettre ni le rôle prépondérant donné par M. Demogue à la technique juridique, ni l'extension qu'il fait de la notion de sujet de droit. Les exemples donnés par M. Demogue représentent pour nous nos propres intérêts : le monument, le tombeau des morts et même l'animal. C'est nous qui avons besoin de tout cela, soit sous forme de satisfactions matérielles, soit sous forme de satisfactions psychiques. Le seul de tous ces « centres d'intérêts » qui peut avoir *des besoins* c'est l'animal. Mais, par là, il n'a pas *de droits*¹. Par conséquent, encore une fois, nous sommes contre une conception purement technique du droit.

73. De même, la doctrine de la « *dématérialisation du sujet de droit* » a été exposée succinctement plus haut. Elle est soutenue par M. Gorovtseff².

1. Voici dans ce sens un paragraphe extrêmement suggestif de M. Michoud : « Quant au second point, il nous paraît évident que les bêtes protégées par la loi Grammont [2 juillet 1850] ne le sont point par elles-mêmes [sujets de droits] pas plus que les fleurs alpestres protégées par les règlements de police. Elles le sont dans un intérêt humain, à la requête d'hommes qui se sont émus des instincts sanguinaires que les mauvais traitements infligés aux animaux révèlent dans le cœur de l'homme. Ce qui prouve bien que ce texte et les textes semblables ne reconnaissent aux animaux aucun droit, c'est qu'ils n'interdisent que les mauvais traitements inutiles et non ceux qui servent aux fins supérieures de l'humanité, tels par exemple, que la vivisection. Aussi ne dotent-ils pas les animaux d'une représentation attitrée, mais au contraire donnent-ils compétence pour les protéger à tout fonctionnaire compétent pour concourir à la répression des crimes et délits. L'avantage que ces « pauvres bêtes » retirent de la loi Grammont est l'un de ces *effets réflexes* du droit objectif (ou du droit de l'Etat), que nous avons distingué plus haut des droits proprement dits ».

2. A. Gorovtseff, La lutte autour de la notion de sujet de droit, *Rev. trim. de*

L'idée principale de cette conception est que le vrai sujet de droit est *la volition* et non pas l'homme lui-même, doué de volonté. Celui-ci ne serait qu'un « sujet de deuxième ordre ¹ ». La personnalité de l'homme est ainsi dissoute pour M. Gorovtseff dans une série de volitions, qui elles seules constituent le sujet de droit. L'homme n'est un sujet de droit que dans la mesure où ses volitions se manifestent en rapport avec l'ordre juridique. L'homme qui dort n'est pas un sujet de droit puisque ces volitions lui manquent. De même l'homme qui marche, celui qui travaille dans son cabinet, ne sont pas non plus des sujets de droits. Ils ne sont que *des sujets éventuels de droit*. C'est seulement *l'homme qui veut juridiquement*, qui manifeste *des volitions* dans ce sens, qui est un sujet de droit.

Nous nous permettons de faire quelques observations sur la doctrine de M. Gorovtseff. D'abord, elle ne vaut d'une manière absolue que pour le sujet actif. Le sujet passif se trouve quelquefois dans des situations où il n'a nullement manifesté sa volonté d'être obligé. Prenons, par exemple, le cas de celui dont on a géré une affaire. Pour M. Gorovtseff, il y a cette excuse qu'il n'admet pas le sujet passif. Mais nous croyons que le droit subjectif implique un tel sujet et alors notre observation subsiste.

Une autre objection est la suivante : Puisque nous sommes hommes, nous sommes tous soumis aux normes objectives de droit naturel que nous avons admises. Ainsi nous sommes tous des sujets naturels de droit, surtout dans le stade présent de la civilisation. De cette situation

dr. civ., année 1926, pp. 881-972 et Nouvelles recherches sur le problème du sujet de droit, *Rev. trim. de dr. civ.*, année 1927, pp. 5-135.

1. L'auteur affirme cette opinion à maintes reprises, surtout dans ses *Nouvelles recherches sur le problème du sujet de droit*. Voir, par exemple, ce qu'il dit à la page 12.

il résulte pour nous *une personnalité juridique permanente*.

Enfin une dernière observation : De la doctrine même de M. Gorovtseff on peut tirer un argument en faveur de la permanence de notre personnalité juridique. En effet, ces volitions se présentent en séries. Elles ont entre elles un lien ; elles ne sont pas isolées. Très souvent, il faut toute une série de volitions pour accomplir un acte juridique. Or, qui forme ce lien ? C'est notre être psycho-physique, c'est l'homme tout entier, c'est surtout sa volonté et non pas les simples volitions isolées. C'est ainsi que pour nous le sujet de droit est *l'homme lui-même et non pas la volition*.

74. Nous voilà donc arrivés à ce que nous appelons *la théorie de la réalité du sujet de droit*. Nous lui donnons ce nom puisque nous considérons que le sujet de droit est une réalité et non pas un simple procédé de technique. Dans les cas ordinaires, celle-ci ne joue qu'un rôle accessoire. C'est l'homme psycho-physique tout entier, soit tout seul, soit sous forme de collectivités — personnes morales — qui est sujet de droit. Les personnes morales sont fondées sur une réalité : la volonté collective d'un certain groupe d'individus et non pas sur une simple idée de fiction. En règle générale, le sujet de droit est donc bien une réalité.

Pourtant cette doctrine doit recevoir quelques atténuations. Nous sommes forcés de reconnaître le caractère de sujets de droit à l'infans, au fou et dans quelque mesure à certaines personnes à naître (art. 1048, 1050, 1082). Les besoins de la vie vont ici contre la logique pure et ils exigent dans ces cas la reconnaissance de la qualité de sujets de droit. Ici le rôle de la technique juridique est beaucoup

plus important que tout à l'heure. C'est à elle de créer le système qui permettra à ces sujets fictifs de droits d'être assimilés, au point de vue juridique, aux sujets réels.

Mais ces créations fictives ne peuvent avoir aucune influence sur la nature du vrai sujet de droit. Celui-ci est une réalité, comme nous l'avons vu plus haut. C'est la règle générale. Les cas fictifs ne représentent que des exceptions.

CHAPITRE II

LA PERSONNE PHYSIQUE ET LES PERSONNES MORALES COMME SUJETS DE DROIT

Section première. La personne physique. — **Section II.**
Les personnes morales.

Section I. — La personne physique

75. La notion de sujet de droit limitée à l'homme. — **76.** L'homme normal. Sa personnalité juridique. — **77.** Sujet actif et sujet passif. — **78.** Sujet d'exercice et sujet de jouissance. — **79.** L'infans et le fou. — **80.** Les personnes à naître. — **81.** Les morts. — **82.** Sujet naturel de droit et sujet artificiel.

75. De ce que nous avons dit précédemment, il résulte que l'homme seul est sujet de droit. Il peut se présenter soit sous forme d'individualité, soit sous la forme collective d'une personne morale. Dans cette section nous nous occuperons seulement de l'homme physique (individuel).

76. L'étude de la personne physique comme sujet de droit nous oblige à faire une distinction dès le commencement : il s'agit d'abord de l'homme normal, doué de toutes les facultés intellectuelles ; ensuite, il y a les cas spéciaux : celui de l'infans et du fou, des personnes à naître et des morts. On se demande dans quelle mesure ces êtres anormaux ou inexistantes ont une personnalité juridique et comment on peut l'expliquer ?

En ce qui concerne l'homme normal, dans le stade actuel de civilisation, il est un sujet naturel de droit sans discussion. Tout dernièrement, il y avait encore la mort civile qui pouvait le mettre hors de la vie juridique. Aujourd'hui il ne peut s'agir que des restrictions faites à sa capacité civile, soit dans l'intérêt social, soit à la suite de certaines circonstances graves, par exemple quand l'individu subit des condamnations, quand il est prodigue, etc. Le rôle de la technique juridique est relativement réduit en ce qui concerne la qualité de sujet de droit attribuée à l'homme normal.

Ce qui fait cette qualité de sujet de droit c'est *sa personnalité juridique*. Chacun d'entre nous constitue *une personnalité juridique individuelle*. C'est un « masque » appliqué sur le visage de notre *personnalité subjective*, pour employer le langage de M. Maurice Hauriou¹. A la base de cette personnalité subjective se trouve la volonté avec la vague mouvementée des volitions. Ces volitions ne présentent aucun élément de constance. La personnalité juridique a justement ce rôle de supprimer les interruptions de volonté des individus dans la vie du droit et de leur attribuer une existence juridique permanente. L'homme ne peut donc avoir qu'une seule personnalité juridique. Mais ce qui est bizarre c'est qu'il y a des auteurs qui lui attribuent plusieurs personnalités : une principale et générale et d'autres accessoires. Par exemple une pour le patrimoine privé, une autre pour les affaires d'une société commerciale, une autre en qualité de tuteur ou comme administrateur, etc. C'est l'opinion qu'exprime M. Ernest Roguin, qui soutient que l'homme peut présen-

1. Maurice Hauriou, De la personnalité comme élément de la réalité sociale, *Rev. gén. du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence*, année 1898, Nos 1 et 2, janv.-février, mars-avril, tome XXII.

L'expression de *personnalité subjective* est de M. Hauriou.

ter plusieurs personnalités, successivement ou simultanément¹.

Nous croyons que l'expression de personnalité juridique contient en elle-même cette idée d'unité établie entre les diverses manifestations de l'homme concernant le droit. Or, soutenir qu'il peut y avoir plusieurs personnalités cela signifie faire disparaître cette idée d'unité. Par conséquent, il y a là la plus pure contradiction. Les personnalités accessoires de M. Roguin ne sont que de simples manifestations de la personnalité juridique de l'individu, qui ne peut être qu'une seule.

77. Une question à laquelle nous avons déjà touché est celle de la distinction qu'on peut faire entre le *sujet actif* et le *sujet passif*. Le premier est le créancier de l'obligation, le second le débiteur².

Cette distinction est fondée sur les rôles différents que jouent les deux personnes dans le rapport de droit subjectif qui s'établit entre elles. Pour le sujet actif le droit subjectif se présente comme un pouvoir d'agir en vue de réaliser un certain intérêt dans les limites de la loi. Il est le *titulaire* ou le *bénéficiaire*. Au contraire, pour le sujet passif le droit subjectif se présente comme un devoir. Il est *obligé* de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose. Ce devoir présente assez souvent un *côté actif*, par exemple dans le cas d'un *dare* ou d'un *facere*. Et M. Ernest Roguin remarque, avec juste raison, qu'il y a une contradiction entre le nom de *sujet passif* et son rôle *actif*

1. Ernest Roguin, *La règle de droit*, Libr., F. Rouge, Lausanne, 1889, pp. 389-390.

2. Sur ce problème du sujet actif et du sujet passif, voir les ouvrages de M. Ernest Roguin, *La règle de droit* (Lausanne, 1889), pp. 76 et s. et *La Science juridique pure* (Lausanne et Paris, 1923), t. I, pp. 113 et s.

M. Roguin est le plus grand partisan de cette distinction. Il nous a servi ici de source d'inspiration.

que lui impose l'obligation. Il se résigne, comme tant d'autres, à cette terminologie puisqu'il n'y en a pas de meilleure. Et il nous montre que le rôle des deux termes est de mettre en évidence *le lien de corrélation* qui existe entre l'activité du sujet actif et celle du sujet passif¹.

Cette distinction est très attaquée, surtout par les partisans de la théorie de la volonté. Ils ne tardent pas à tomber dans une grave erreur : celle de confondre le sujet passif avec l'objet de l'obligation. Mais ceux-ci sont deux choses différentes.

Par conséquent, nous sommes pour le maintien des deux sujets de droit, tout en reconnaissant le rôle prépondérant qui revient au sujet actif dans l'existence du droit subjectif.

78. On a poussé plus loin encore cette analyse de la notion de sujet de droit. On a fait ainsi la distinction entre *le sujet d'exercice ou de disposition* et *le sujet de jouissance*. Le plus souvent les deux qualités se trouvent réunies sur la tête du même sujet. C'est un sujet actif. Mais cela n'arrive pas toujours. Par exemple, dans le cas des incapables, de l'absent, etc., l'exercice du droit subjectif est confié à d'autres personnes que le titulaire lui-même. Pour nous, même dans ce cas, le droit subjectif reste intact, composé de ses deux éléments : un acte de volonté et un intérêt digne de la protection juridique. Le fait que ces deux éléments se trouvent sur des têtes différentes n'altère pas sa structure. La technique juridique, dans sa perfection, a substitué les moyens nécessaires au manque de volonté. Ici, comme ailleurs, la pratique a devancé de beaucoup la théorie.

Comme doctrine, nous trouvons les précisions dans les

1. Ernest Roguin, *La Science juridique pure*, t. I, p. 113.

Ihering Jahrbücher (tome XII) de Bekker. C'est l'auteur auquel revient la paternité de la théorie des sujets d'exercice et de jouissance. Nous rencontrons encore en Allemagne comme représentants principaux de cette doctrine Hölder et Binder. En France, il y a M. Saleilles et surtout M. Demogue.

La conception de M. René Demogue des « centres d'intérêts » se trouve en étroite liaison avec la distinction entre le sujet d'exercice et le sujet de jouissance. L'auteur affirme que le cercle des sujets de jouissance est beaucoup plus large que celui des sujets de disposition jouissance, car ce dernier est limité à l'humanité tandis que le premier passe au-delà. En effet, nous avons vu que M. Demogue est disposé à voir dans certains animaux et dans certaines choses des sujets de jouissance.

Nous avons eu l'occasion de critiquer cette conception technique du droit poussée trop loin. Nous revenons sur cette idée et nous affirmons que les deux sujets de droit se limitent à l'humanité. Les animaux peuvent avoir *des besoins*, mais pas *des droits*. Quant aux choses, elles expriment nos propres nécessités et pas les leurs.

En nous reportant aux théories que nous avons examinées à propos de la structure du droit subjectif, on s'aperçoit que la théorie de la volonté a mis l'accent sur le sujet d'exercice, la théorie de l'intérêt sur le sujet de jouissance et que seule la théorie de la volonté et de l'intérêt combinés est en accord avec cette double qualité du sujet de droit.

79. Après avoir étudié l'homme normal comme sujet de droit, occupons-nous des cas spéciaux. Il y a d'abord ceux de l'*infans* et du *fou*.

On les met tous les deux dans la même catégorie puis-

que leur situation est presque pareille : l'un et l'autre sont inaptes pour conclure des actes juridiques. Sont-ils alors des sujets de droit? En stricte logique, ils ne devraient pas l'être. Il leur manque la volonté éclairée et guidée par la raison qu'on trouve chez l'homme normal. Pourtant la loi, fondée sur la distinction qu'on peut faire entre le sujet d'exercice et le sujet de disposition, les considère comme sujets de droit. Ici le rôle de la technique juridique est très important. Elle crée tout un système pour protéger les intérêts de celui auquel manque la raison et lui attribue, *par une fiction* d'après la plupart des auteurs, la qualité de sujet de droit.

Alors on peut se demander pourquoi l'œuvre de la technique juridique s'arrêterait ici, pourquoi elle ne passerait pas à d'autres « centres d'intérêts » pour les considérer comme sujets de droits, par exemple certains animaux? On établit une sorte de ressemblance entre la situation d'un infans ou d'un fou et celle d'un animal.

Voici la réponse : D'abord, la science du droit se limite aux hommes. On tient compte du fait que l'enfant sera dans toute sa maturité dans peu de temps et que le fou se guérira peut-être. Malgré leur insuffisance mentale, ils restent des hommes, ce qui diffère de la constitution des animaux. Voilà ce que dit M. Saleilles dans ce sens : « ...l'élément subjectif, bien que se réalisant chez un autre, subsiste à l'état de possibilité chez le sujet lui-même, en ce sens que celui-ci, par sa nature constitutive, devrait être organisé pour vouloir, et que la source psychique de la volonté lui reste en germe; ce qui n'existe plus chez l'animal, et encore moins pour ce qui est des objets inanimés »¹.

1. Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, 2^e édit., Arthur Rousseau, Paris, 1922, p. 603.

Ensuite, il y a des besoins de pratique qui nous conduisent à cette solution¹. Il est plus simple de considérer l'infans et le fou comme titulaires des droits subjectifs. Autrement tous leurs biens devraient appartenir au tuteur, par exemple, et à la majorité ou à la guérison une transmission devrait avoir lieu. Ensuite, l'infans et le fou, considérés comme sujets de droit, constituent à leur décès le chaînon transitoire entre les deux générations : celle qui les précède et celle qui les suit. Ils sont, comme le dit M. Saleilles, des « valeurs sociales ». Autrement une sorte de perturbation aurait lieu dans l'ordre successoral et les complications seraient beaucoup plus grandes.

80. De même, en ce qui concerne *les personnes à naître*² la loi crée des situations pareilles à celles des sujets de droits actuels. On voit, par exemple, des dispositions prises en leur faveur dans les articles 1048, 1050, 1082 C. civ. fr. De même, dans la législation comparée on trouve encore des dispositions plus larges en leur faveur. Ainsi, en Allemagne (art. 2162 et 2178 C. civ.), en Autriche, en Angleterre, en Italie, au Vénézuéla, au Chili la loi prévoit qu'on peut faire des legs aux personnes non-conçues. De plus, en Allemagne, elles peuvent avoir même la qualité de substitués fidéicommissaires par interprétation de l'article 1923³.

A vrai dire, les personnes à naître ne peuvent être que *des sujets futurs de droit*. En effet, elles n'existent point, sauf le *fœtus*, qui présente un commencement d'existence. Donc, il faut dire ou que les mesures prises en faveur

1. Voir à propos de cette question : Ernest Roguin, *La règle de droit*, p. 395 et *La Science juridique pure*, t. II, pp. 352 et s.

2. Voir sur cette matière, entre autres : Ernest Roguin, *La Science juridique pure*, t. II, pp. 314 et s. et René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 351.

3. Ernest Roguin, *La science juridique pure*, t. II, p. 320.

des personnes à naître ne constituent pas des droits subjectifs ou que les personnes à naître sont *des sujets fictifs* de droit par excellence.

81. En ce qui concerne *les morts*, la question se pose juridiquement, d'après nous, d'une manière encore plus simple. Ils ne peuvent pas avoir des droits subjectifs puisqu'ils sont disparus à jamais de notre vie terrestre. Nous croyons que même le droit à l'honneur, qui concerne la mémoire du défunt, est un droit des héritiers. La même chose en ce qui concerne le tombeau. Nous sommes donc contre la conception technique des « demi-personnalités » des morts de M. Demogue¹.

82. L'étude des derniers cas nous a montré que la technique joue un grand rôle à propos de l'existence des sujets anormaux de droit. Comme suite, on a fait la distinction entre *les sujets naturels de droit* et *les sujets artificiels*. Mais l'importance de cette distinction n'est pas aussi grande qu'on pourrait le croire, puisque les *sujets naturels de droit eux-mêmes sont reconnus comme tels* par des dispositions générales de la loi.

Section II. — Les personnes morales

83. La personne morale comme sujet de droit ; théorie de la réalité. Corporations, fondation. — **84.** Les droits subjectifs des personnes morales. — **85.** Leur étude en comparaison avec les droits subjectifs de l'individu. — **86.** Les droits subjectifs et la capacité des personnes morales. — **87.** Exercice de ces droits subjectifs. — **88.** Fin du second titre.

83. De la matière des personnes morales en droit

1. René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, pp. 346 et 350. Edmond Picard, *Le droit pur*, Bibliothèque de philosophie scientifique, Ernest Flammarion, Paris 1930, pp. 66-67.

Ernest Roguin, *La règle de droit*, p. 84 et *La Science juridique pure*, t. II, p. 319.

privé¹ nous ne prendrons que quelques éléments qui nous sont indispensables pour l'étude complète de la notion de droit subjectif.

Nous concevons les personnes morales comme des réalités juridiques². En effet, la volonté des hommes ne poursuit pas seulement des buts individuels. Très souvent, elle a pour objet des intérêts collectifs. Elle se concrétise alors dans ce qu'on appelle *les corporations*. Celles-ci comprennent les deux éléments qui caractérisent le sujet de droit : une volonté, un besoin de réaliser un certain intérêt.

A côté de ces corporations (diverses sortes d'associations et les sociétés) se trouvent *les fondations*. Ici la volonté vient du fondateur. L'intérêt est représenté par le groupe des bénéficiaires³. L'assimilation de la fondation aux sujets propres de droit ne peut être conçue que par l'œuvre de la technique juridique. D'ailleurs dans les deux cas le rôle de cette technique est beaucoup plus grand que dans le cas de l'homme individuel normal. Car, même si on n'attribue à l'Etat *qu'une compétence déclarative* en matière de personnes morales, ses pouvoirs de réglementation sont assez importants. Il s'agit, en effet, de fixer la capacité de la personne morale.

1. Sur l'emploi des termes *personne morale*, *personne civile* ou *personne juridique*, voir François GénY, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, pp. XVIII et s.; Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^e édit., pp. 252 et s.; Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, 2^e édit., t. I, dans une longue note qui se trouve aux pages 3-6 (étude de droit français et de législation comparée.) Nous préférons le terme de *personne morale* comme étant le plus adéquat.

2. Ce n'est pas ici le lieu d'entamer des discussions sur la nature des personnes morales. Nous rappelons seulement que les diverses théories sur la question se groupent autour des trois suivantes : la théorie négative, la théorie de la personnalité fictive et la théorie de la réalité. A titre de curiosité, nous mentionnons que M. Ernest Roguin, dans son ouvrage *La Science juridique pure*, t. II, pp. 372-400, énumère et étudie 15 théories qui ne sont au fond que des variantes des trois précédentes.

Nous nous prononçons nettement *pour la théorie de la réalité*.

3. Voir sur la question L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, 2^e édit., t. I, p. 207.

On peut faire observer que la place des dispositions qui concernent les personnes morales peut varier dans le code d'après la conception qu'on en a : si on admet la théorie de la fiction, ces dispositions devraient prendre place dans la matière réglementant le régime des biens, comme le voudrait M. Planiol; si, au contraire, on admet la théorie de la réalité, les personnes morales doivent prendre place dans le code parmi les sujets de droit¹. Nous croyons que leur principe doit être mis dans la matière concernant les sujets de droit et leur régime, se rapportant à leur patrimoine, doit se trouver parmi les dispositions concernant les biens.

84. Les personnes morales privées étant ainsi des sujets de droit, il s'agit d'étudier les droits subjectifs qui leur appartiennent.

Nous devons constater que le droit subjectif des personnes morales se présente comme un épanouissement du droit subjectif de l'homme individuel. On dépasse les buts particuliers et passagers; on poursuit la réalisation des intérêts généraux et permanents par l'intermédiaire d'une volonté collective. La personne morale n'a pas un corps propre. Elle n'aura donc pas les mêmes besoins et les mêmes droits à soutenir que l'homme individuel. Mais elle a certaines idées à réaliser, qui représentent des buts généraux de l'Humanité. Par là, la personne morale représente une sorte d'incarnation métaphysique de la vie de l'homme. Voici ce que dit dans ce sens M. Maurice Hauriou :

« Nous sommes obligés de constater que la doctrine de la réalité des personnes morales implique une certaine

1. Voir les opinions de M. Saleilles, *De la personnalité juridique*, p. 389 et de M. Ernest Roguin, *La règle de droit*, p. 404.

croyance philosophique à la vie propre des idées et à la nature foncièrement idéale des êtres, qui est une sorte d'idéalisme platonicien »¹.

85. Etudions un peu les droits subjectifs des personnes morales de droit privé en comparaison avec ceux de l'individu.

D'abord, on doit constater que la structure du droit subjectif des personnes morales est la même que celle de l'individu, à savoir : un acte de volonté et un intérêt digne de la protection juridique. D'ailleurs, dans notre définition du droit subjectif, nous avons envisagé à la fois la situation de l'individu et celle de la personne morale. Seulement il y a une distinction à faire entre le droit subjectif appartenant à la corporation et celui qui appartient à la fondation : la première réunit les deux éléments du droit subjectif entre les mains des associés; la seconde les laisse séparés. Les administrateurs de la fondation détiennent l'élément de volonté, qui a comme origine la volonté du fondateur. La catégorie d'individus visée par les statuts de la fondation représente l'élément d'intérêt, car ceux-ci constituent les bénéficiaires du droit subjectif². Dans le cas des droits subjectifs d'une fondation on touche ainsi à la distinction entre le sujet de disposition et le sujet de jouissance.

En ce qui concerne la nature des droits subjectifs des personnes morales, on constate qu'ils sont, en général, des droits patrimoniaux. En effet, il ne pourrait pas être question des droits appartenant au statut familial par exemple. Mais on peut concevoir des cas où le droit au

1. Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^e édit., p. 281.

2. Voir L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, 2^e édit., t. I, pp. 207, 210.

nom ou à l'honneur formerait l'objet d'une action de la part d'une personne morale. Même dans le domaine patrimonial les droits subjectifs des personnes morales sont en nombre plus restreint que ceux de l'individu. On n'y trouve pas d'abord les droits subjectifs patrimoniaux rattachés au statut familial. De même, on ne peut pas parler de certains droits des personnes morales, comme par exemple le droit de tester¹.

86. En nous reportant à la question de *la capacité des personnes morales*, on peut affirmer qu'en principe les personnes morales jouissent d'une *pleine capacité civile*². Cela résulte autant des dispositions du code civil que de celles de la loi du 1^{er} juillet 1901. Voici ce que dit l'article 11, premier alinéa, de cette loi : « Ces associations peuvent faire tous les actes de la vie civile qui ne sont pas interdits par leurs statuts... ». Mais *les restrictions* qu'on apporte à cette capacité sont très importantes. C'est ainsi que les associations simplement déclarées ne peuvent pas recevoir des dons et des legs et n'ont pas le droit de fixer les cotisations de leurs membres à plus de 500 fr. En ce qui concerne les associations reconnues d'utilité publique elles ne peuvent pas avoir d'autres immeubles que ceux qui sont indispensables à leur but (art. 11, 1^{er} alinéa, de la loi du 1^{er} juillet 1901). De même, elles ne peuvent recevoir des dons et des legs qu'après une préalable autorisation donnée par un décret du Président de la République (art. 910 et 937 C. Civ. et art. 11, 2^e al., de la loi du 1^{er} juillet 1901).

1. Pourtant en ce qui concerne le droit de tester des personnes morales de droit privé il y a des opinions différentes, comme celle exprimée par M. Michoud ; voir *La théorie de la personnalité morale*, 2^e édit., t. II, pp. 461-462. Mais nous ne partageons pas cette conception, puisque nous considérons que le droit de tester est un concept qui ne s'applique qu'à l'homme individuel.

2. A Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4^e édit., Dalloz, Paris, 1923-1925, t. I, pp. 671 et s.

Il y a encore une règle qui intervient pour restreindre la capacité des personnes morales : c'est le *principe de la spécialité*. Il consiste dans le fait qu'on ne peut pas permettre aux personnes morales d'accomplir d'autres actes que ceux qui forment l'objet de leur existence¹.

Nous mentionnons que *les sociétés civiles et commerciales* présentent une *capacité intégrale*. En effet, ici il n'y a rien à craindre. Elles ont un but lucratif. En outre, elles n'ont pas des biens de mainmorte. On ne leur prescrira des restrictions ni quant aux libéralités, ni quant à l'acquisition des immeubles.

87. En ce qui concerne *l'exercice des droits subjectifs des personnes morales*, il se fait par l'intermédiaire des organes spécialement créés en vue de cela. Ces organes sont représentés par des personnes physiques capables d'accomplir cette tâche et qui s'appellent le plus souvent *les administrateurs*. Ils ne sont que les instruments de la volonté collective ou de la volonté du fondateur, dans le cas d'une fondation.

88. Nous avons ainsi terminé l'étude de la notion de sujet de droit et en même temps de la première partie. On a voulu établir le fondement, la structure et la sphère d'application du droit subjectif en droit privé. Ce qui reste maintenant à faire c'est d'aborder le terrain purement juridique pour mettre ces théories en face de la réalité, c'est-à-dire de certaines institutions juridiques. Ce sera l'objet de la seconde partie.

1. M. Saleilles tâche d'établir une différence entre la capacité proprement dite et la spécialité :

« La capacité touche plus directement, dit-il, à la détermination des actes juridiques dont la jouissance se trouve incluse dans la personnalité ainsi concédée, et la spécialité vise à leur but » (*De la personnalité juridique*, 2^e édit. p. 318). Mais il reconnaît qu'entre la capacité et le principe de la spécialité « la distinction reste souvent flottante et ils tendent à se confondre » (*op. cit.*, p. 318).

DEUXIÈME PARTIE

**Applications : Les droits subjectifs
leur classification
et étude de quelques institutions
juridiques**

CHAPITRE PREMIER

CLASSIFICATION DES DROITS SUBJECTIFS

Section introductive. — **Section première.** Le critère de la classification des droits subjectifs. — **Section II.** Les droits absolus et les droits relatifs. — **Section III.** Le droit réel et le droit personnel.

Section introductive

89. L'intérêt comme objet du droit subjectif

90. Observations générales.

89. Dans l'étude qui précède nous nous sommes occupé exclusivement du problème de l'existence du droit subjectif et du sujet de droit. C'est ainsi que nous avons à peine touché à *la notion d'intérêt* considéré comme l'objet du droit. Or cette idée d'intérêt est une des bases de la classification des droits subjectifs. Un double motif nous oblige donc à étudier sommairement cette question de la classification : 1° Mettre en évidence l'idée d'objet du droit subjectif ; 2° préciser quelles sont les catégories de droits subjectifs.

90. Nous nous occupons ici de cette étude puisque nous croyons que la classification des droits subjectifs relève de la partie appliquée. En effet, se demander quels sont les droits subjectifs et quelle est la place qui revient à

chacun d'eux ce n'est plus de la pure théorie, mais c'est la réalité rencontrée à chaque pas.

Encore une observation : Certes, le but de cette dernière partie est de donner une base réelle aux théories précédentes et de les vérifier en quelque sorte. Mais la réalité, de quelque nature qu'elle soit, présente diverses faces. Et on ne voit jamais qu'une de ces faces quand on la regarde d'un certain côté. Il en est de même de la question du droit subjectif. Nous avons étudié le problème de son fondement, de ses éléments constitutifs et du sujet de droit. Dans l'examen que nous allons faire nous ne rencontrons pas à la fois toutes ces questions sous le même angle d'intensité, mais elles se présenteront tour à tour.

De même, nous faisons observer que la nécessité des droits subjectifs résulte des conclusions de la première partie. Nous ne reviendrons pas sur cette question dans la partie appliquée. Nous considérons le droit subjectif simplement comme une réalité et nous l'étudierons comme telle.

Section I. — Le critère de la classification des droits subjectifs

91. Critère matériel et critère formel. — **92.** L'idée de sujet de droit comme critère formel de classification. — **93.** La notion d'intérêt prise comme critère matériel. — **94.** Les deux critères ne s'excluent pas.

91. La classification des droits subjectifs peut être fondée sur deux idées : soit sur l'idée d'intérêt, soit sur l'idée de sujet de droit, nous dirons plutôt de sujet passif.

92. La classification basée sur l'idée de sujet de droit est beaucoup plus tranchante et beaucoup plus simple. En effet, les droits subjectifs se divisent à ce point de vue en *droits absolus* et *droits relatifs*. Les premiers produisent des effets *erga omnes*, par exemple le droit de propriété ;

les seconds, comme le droit de créance, limitent le lien d'obligation à deux ou à un nombre limité de personnes déterminées.

93. Il n'arrive pas la même chose avec la classification des droits suivant l'idée d'intérêt. La première division en *droits moraux* et *droits patrimoniaux* est bien claire. Mais les subdivisions sont nombreuses et même illimitées. En effet, l'idée d'intérêt n'est que le produit de la personnalité humaine. Cette personnalité, malgré ses reculs, suit une marche ascendante vers une vie plus raffinée. Ses besoins matériels et psychiques se multiplient de plus en plus. La législation suivra le développement de la personnalité de l'homme et accordera sans cesse sa protection juridique à certains intérêts nouveaux parus. Nous croyons que c'est en se plaçant de ce point de vue que M. Gény a pu écrire la phrase suivante à propos de la classification des droits subjectifs : « Cette observation faite, il apparaît qu'on n'a pas encore proposé de l'ensemble des droits subjectifs privés, une distinction, à la fois exhaustive et efficace qui, d'ailleurs, en présence de l'extrême diversité des situations régies, n'est, sans doute, ni possible, ni même véritablement utile¹. »

94. D'ailleurs les deux critères ne s'excluent pas. Après avoir fait la distinction entre les droits absolus et les droits relatifs, on peut voir quels sont les droits moraux et matériels qui entrent dans chacune des deux classes. Ensuite nous parlerons, dans une première section, de la division en *droits absolus* et *droits relatifs* ; nous étudierons, dans une deuxième section, *les droits réels* et *les droits personnels* ; enfin, en ce qui concerne *les droits de la persona-*

1. François Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, p. 229.

lité au sens strict du mot, un chapitre à part leur sera consacré.

Nous faisons remarquer encore une fois que la première division se rattache à l'idée de sujet de droit, tandis que la division tripartite : droits réels, droits personnels, droits de la personnalité, prend comme critère la notion d'intérêt. La première se sert d'un *critère formel*, la seconde d'un *critère matériel*, car l'intérêt constitue le contenu même du droit subjectif.

Section II. — Les droits absolus et les droits relatifs

95. Les deux espèces de droits. — 96. Leur objet respectif.

95. *Ce qui caractérise cette division des droits subjectifs c'est l'existence d'un sujet passif universel, c'est-à-dire étendu à toute l'humanité, ou d'un sujet passif limité à une seule ou à plusieurs personnes déterminées.* Dans le premier cas nous sommes en présence d'un *droit absolu* ; dans le second, d'un *droit relatif*. L'existence d'un sujet passif universel dans les droits absolus donne à M. Capitant l'impression que ceux-ci sont plutôt des « prérogatives accordées à un individu et sanctionnées par le Droit objectif, en dehors de tout lien juridique unissant cette personne à autrui »¹.

Certains auteurs nous laissent entendre que les droits absolus et les droits relatifs correspondraient exactement à la notion de droits réels et de droits personnels. Seulement ils les font changer de nom pour que cette classification soit en concordance avec leur conception anti-réaliste. C'est dans ce sens que nous citons en note un passage de l'excellente thèse de doctorat de M. René Quéru, *Synthèse du droit*

1. Henri Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e édit., A Pédone, Paris, 1929, p. 108.

*réel et du droit personnel*¹. Mais cela n'est pas exact. Les droits absolus comprennent non seulement les droits réels, mais aussi la catégorie des droits de famille avec les subdivisions que nous verrons tout à l'heure. En effet, ce sont des droits qui s'imposent à tout le monde. Nous y reviendrons.

Quant aux droits relatifs, ils se limitent à des rapports juridiques existant entre deux ou plusieurs personnes déterminées. La convention est la source la plus riche des droits relatifs.

96. En ce qui concerne l'objet de ces deux espèces de droits, on peut faire observer que tandis que pour les droits absolus cet objet consiste dans une abstention de la part de tous les hommes, pour les droits relatifs au contraire ils se présentent le plus souvent sous la forme d'un *dare* ou d'un *facere*.

Section III. — Le droit réel et le droit personnel

97. Définition des deux espèces de droits. — **98.** La question du personnalisme du droit réel

97. *D'après la conception classique le droit réel consiste dans un pouvoir de l'homme s'exerçant directement sur une chose, tandis que le droit personnel se manifeste sous la forme d'un rapport de créance qui s'établit entre deux ou plusieurs personnes.*

1. « Dans cette synthèse du droit réel et du droit personnel, nous supprimons la notion courante à notre avis erronée du droit réel. Nous conservons bien entendu la notion droit personnel. Mais au lieu d'en faire une espèce subordonnée à un genre plus général, nous en faisons la catégorie universelle du droit, aussi compréhensible que la notion du droit elle-même avec laquelle nous la confondons absolument. Et sous cette catégorie générale par excellence, nous plaçons la division en droits absolus, droits relatifs, division qui se trouvera exactement correspondre avec celle du droit de propriété et de ses dérivés d'une part, et d'autre part celle des droits d'obligation... » (René Quérû, *Synthèse du droit réel et du droit personnel, Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique*, thèse, Caen, 1905, Libr. Giard et Brière, Paris, 1905, p. 98, note I).

Ici nous n'insistons que sur une question concernant le fondement de cette classification et sur les différences qui existent entre les deux groupes de droits. L'occasion se présentera d'exposer une partie de leurs caractères quand on parlera de l'obligation et du droit de propriété.

98. Le problème qui nous intéresse à présent est celui du prétendu *personnalisme du droit réel*.

Le personnalisme du droit réel est un courant récent, représenté surtout par MM. Demogue¹, Quéru², Michas³. Il manifeste la tendance d'anéantir la nature propre du droit réel et le réduire à une obligation passive universelle. On apporte des arguments historiques et rationnels⁴.

Mais les différences qui existent entre les deux groupes de droits — les droits réels et les droits personnels — sont importantes. On ne peut pas les confondre les uns avec les autres.

Nous indiquerons seulement les différences les plus principales :

1° Le droit personnel suppose un lien de droit entre deux ou plusieurs personnes déterminées ; il est donc *relatif*. Le droit réel est *absolu*, car il a en face de lui un sujet passif universel ;

2° Le droit personnel est une véritable *obligation*, dont l'objet pour l'obligé est de faire ou de ne pas faire quelque chose ; le droit réel consiste dans une simple *abstention* ;

1. *Les notions fondamentales*.

2. *Synthèse du droit réel et du droit personnel, Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique*, thèse, Caen, 1905.

3. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, thèse, Paris, 1900.

4. Voir l'excellent ouvrage de M. Basile Minei, *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, thèse, Paris, 1912, Libr. Arthur Rousseau. M. Minei s'élève contre la théorie personnaliste, tout en apportant des retouches importantes à la conception traditionnelle.

3° Le premier est *temporaire*, destiné à s'éteindre ; le second est *perpétuel* ;

4° Le droit personnel peut avoir pour objet *un corps de genre*, tandis que l'objet du droit réel est toujours *un corps certain* ;

5° On ne rencontre pas dans le droit personnel *le droit de préférence et le droit de suite* qu'on rencontre dans le droit réel (exception pour les meubles, où il n'y a pas de droit de suite) ;

6° De même, la possession et la quasi-possession avec *la prescription acquisitive* sont propres au droit réel ;

7° On parle encore de *la divisibilité* du droit de créance et de *l'indivisibilité* du droit réel ;

8° Enfin, on dit que l'extinction du droit personnel *enrichit le débiteur*, tandis que celle du droit réel est *une perte sèche*.

Ces deux dernières différences nous les considérons comme étant moins essentielles¹.

De même, *la volonté joue un peu d'une autre façon dans les deux cas*. Elle est plus impérative quand il s'agit du droit de propriété par exemple, que quand il s'agit d'un droit de créance. Beaucoup d'auteurs la considèrent dans le premier cas comme une « prérogative ».

Toutes ces différences tendent à la réfutation du personnalisme du droit réel.

M. François Gény considère la distinction entre les droits réels et les droits personnels comme un simple procédé de technique :

« C'est donc au point de vue technique, dit-il, en la

1. Sur toutes ces questions voir Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, 10^e édit., Libr. gén. de dr. et de jurispr., Paris, 1925, t. I, pp. 686 et s. ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élém. de dr. civ. fr.*, 4^e édit., t. II, pp. 1 et 2 ; Basile Minei, *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, thèse, Paris, 1912, pp. 361 et s.

considérant comme un moyen conceptuel d'obtenir des résultats utiles, qu'il faut apprécier la distinction des droits réels et des droits de créance¹. »

Nous n'allons pas jusqu'à repousser toute idée de rapport entre le propriétaire et les autres hommes². Dans les deux cas on se trouve en présence d'un rapport juridique qui constitue le droit subjectif. Seulement la manifestation de volonté est différente : pour certains droits réels elle joue un rôle secondaire de la part du sujet passif.

Comme conclusion, nous admettons la conception classique qui établit une différence entre le droit réel et le droit personnel. Mais nous l'interprétons dans le sens que le pouvoir exercé par le titulaire d'un droit réel sur une chose implique un certain rapport avec le sujet passif universel, rapport qui diffère légèrement de celui qu'on trouve dans le droit personnel.

1. Voir le passage tout entier, fort intéressant, dans *Science et technique en droit privé positif*, t. III, pp. 239 et suiv.

2. Dans le sens de cette exclusion, voir l'article de M. H. Capitant « Les notions fondamentales du droit privé d'après le livre de M. Demogue », publié dans la *Rev. trim. de dr. civ.*, année 1911, n° 4, oct-déc. Voir surtout ce qu'on dit à la page 739.

CHAPITRE II

LES DROITS DE LA PERSONNALITE

Section introductive. — **Section première.** Les droits de l'individu comme tel. — **Section II.** Les droits de famille. — **Section III.** Caractères des droits de la personnalité.

Section introductive

99. Deux espèces de droits de la personnalité. Généralités.

99. *Les droits de la personnalité*¹ constituent un groupe à part de droits, distinct des droits réels et des droits personnels (de créance). Ils *concernent soit l'individu comme tel, soit l'individu comme membre de la famille*. Dans ce dernier cas, on n'envisage pas tous les droits qui résultent des rapports de famille. On laisse de côté les droits purement patrimoniaux, qui entrent dans la division des droits réels — droits personnels. *On considérera donc comme*

1. Entre autres ouvrages, voir : Alphonse Boistel, *Le droit dans la famille* Libr. Auguste Durand, Paris, 1864 ; Alphonse Boistel, *Cours de philosophie du droit*, 2 vol., Libr. A. Fontemoing, Paris, 1899 ; Ernest Roguin, *La règle de droit*, pp. 256 et s. ; Ernest Roguin, *La Science juridique pure*, t. III, pp. 796 et s. ; E. H. Perreau, *Les droits de la personnalité*, *Rev. trim. de dr. civ.*, année 1909 ; Henri Capitant, *Introduction à l'étude de droit civil*, 2^e édit., pp. 127 et s. et 268 ; Henri Capitant, *Sur l'abus des droits*, *Rev. trim. de dr. civ.*, année 1928, pp. 374-375 ; Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^e édit., pp. 513 et s., 763 et s. ; François Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, pp. 230 et s. ; Jean Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*, pp. 349 et s. ; August Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, pp. 147 et s., 153-154, 189-190.

Voir de même Julien Bonnecase, *La Philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille. Ses destinées dans le droit civil contemporain*, 2^e éd., Libr. E. de Boccard, Paris, 1928, ouvrage que nous n'avons pu consulter que tout dernièrement.

faisant partie de la notion de droit de famille au sens étroit seulement les actions concernant la réclamation ou contestation d'état, les pouvoirs résultant de la puissance paternelle, tutélaire, etc.

En général, les droits de l'individu comme tel, se rapportant à son développement physique ou intellectuel, ont été très peu étudiés. Ils sont tellement évidents qu'ils s'imposent sans discussion. La loi elle-même a cru presque inutile de les consacrer. Avec les droits de famille, ils constituent la preuve la plus marquée de l'existence des normes objectives de droit naturel. A juste titre, August Thon met ces espèces de droits dans la catégorie des droits absolus à côté des droits réels. Il compare ensuite ces trois espèces de droits avec les droits personnels. Voici ce qu'il dit :

« Tandis que l'obligation consiste uniquement dans l'engagement du débiteur, le droit familial, de même que le droit individuel et le droit réel en général, est d'une nature plus absolue. L'offense à un bien protégé est défendue à tout le monde, de même que l'offense à la personne et l'offense à la jouissance d'une chose. La défense de rupture des liens conjugaux est générale, de même la défense de bigamie, de détention de personnes, de rapt des enfants, enlèvement des mineurs. » (*Rechnorm und subjective Recht, Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*¹.)

Comme nous voulons étudier d'une manière un peu plus détaillée les droits de la personnalité, un chapitre à part leur est consacré.

1. Pour plus de précision, nous reproduisons le texte allemand : « Während, die Obligation lediglich in einer Verpflichtung des Schuldners besteht, ist das Familienrecht, was stets übersehen wird, soweit es den Schutz des Familienlebens nach aussen übernimmt, gleichwie das Recht der Person und das dingliche Recht absoluter Natur. Die Verletzung des geschützten Gutes ist einem Jeden verboten, ganz wie die Verletzung der Person und des Sachgenuss. Das Verbot des Ehebruchs lautet allgemein; ebenso das der Bigamie, der Unterdrückung des Personenstandes, des Kindesraubs, der Entführung einer Minderjährigen ».

Section I. — Les droits de l'individu comme tel

100. Lois consacrant les droits subjectifs de l'individu comme tel ; mélange de droits privés et de droits publics. — **101.** Série ouverte des droits subjectifs. — **102.** Classification ; étude.

100. Les droits de l'individu comme tel ont été consacrés dans la législation française par les Déclarations et les Constitutions de l'époque révolutionnaire : la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété ; par des lois pénales : droit à la vie, à la santé, à l'honneur, à la liberté physique ; par des lois administratives : la liberté religieuse, la liberté des funérailles, la liberté d'association ; par des lois ouvrières : droit à l'activité physique, droit syndical ; et enfin, par des lois civiles : état des personnes, régime des incapables, etc.¹.

Comme nous le voyons, dans toutes ces dispositions il y a un mélange de droits publics et de droits privés. En effet, il y a peu de questions dans la science juridique qui pourraient constituer de pareils points d'intersection entre les deux espèces de droits subjectifs.

101. Les auteurs qui se sont occupés de la question ont essayé d'établir le plus minutieusement possible la liste des droits de la personnalité en tant qu'ils concernent l'individu comme tel. On trouve un exemple dans les développements du *Cours de Philosophie du Droit* de M. Alphonse Boistel². Il énumère ainsi des dizaines de libertés, en s'efforçant d'épuiser toute la liste³.

Nous n'avons pas l'impression qu'un tel travail soit indispensable et même très utile. D'abord, comme on l'a dit plus haut, nous considérons l'idée d'intérêt comme un rayon-

1. E. H. Perreau, Les droits de la personnalité, *Rev. trim. de dr. civ.*, année 1909 p. 502. Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^e édit., p. 514.

2. Tome premier, pp. 189 et s.

3. Voir surtout, p. 209, tome premier.

nement de notre personnalité. Or les intérêts se multiplieront au fur et à mesure que cette personnalité se développera. Donc, *la série des droits subjectifs n'est pas quelque chose de fermé, mais elle est une série ouverte.*

De plus, on ne peut considérer toute possibilité du développement de l'individu comme un droit. Nous ne croyons pas qu'on pourrait parler d'un droit de respirer ou d'un droit de soupirer. On ne peut parler d'un droit que lorsqu'on voit la possibilité d'un conflit avec le droit d'une autre personne, quand on entrevoit l'éventualité pour notre volonté de s'entrechoquer avec celle d'un autre intéressé. Ainsi *les droits comportent une sorte de corrélation entre l'idée de droit et celle de devoir.* Par là, ils supposent une limite qui sépare notre champ d'activité juridique de celui d'un autre sujet de droit.

102. En nous reportant aux droits subjectifs de l'individu, nous croyons qu'ils peuvent se grouper en deux catégories :

- a) *Ceux qui concernent l'individualité physique ;*
- b) *Ceux qui concernent l'individualité morale.*

Les premiers ont pour objet, en premier lieu, *d'assurer notre propre existence (la vie), ensuite l'intégrité corporelle, la santé, l'activité physique.*

Les droits qui concernent l'individualité morale de l'homme ont pour objet *l'honneur sous ses diverses manifestations, y compris le droit au nom, et l'activité intellectuelle.*

Certes, l'activité de l'homme, surtout l'activité physique, nous conduira au droit de propriété, en nous faisant sortir du domaine des droits proprement dits de la personnalité. Quant à l'activité intellectuelle (scientifique, littéraire, artistique, etc.), malgré l'élément patrimonial qu'elle entraîne,

elle conservera quand même quelque chose qui fait partie des droits de la personnalité. En effet, elle représente le travail d'un *certain* homme et non pas de n'importe qui. Elle portera donc avec elle l'image d'une *activité personnelle*.

Section II. — Les droits de famille

103. Précision de l'expression « droits de famille ». — **104.** Opinion de M. Capitant et sa critique. — **105.** Le droit naturel comme fondement des droits de famille. — **106.** Les droits qui dérivent de la puissance paternelle. — **107.** Autres droits familiaux. — **108.** Le problème de l'affaiblissement des liens juridiques familiaux. — **109.** Législation soviétique russe.

103. Comme nous l'avons dit, nous *prenons l'expression* *droits de famille dans un sens étroit*. Nous y faisons entrer *les droits des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants, ce qui constitue la puissance paternelle ; les actions en réclamation et en contestation d'état ; les droits du tuteur ; les droits qui découlent de l'autorité maritale, etc.* M. Ernest Roguin définit comme il suit les droits de famille : « L'ensemble des relations juridiques existant entre personnes réunies par un même lien de parenté ou d'alliance ¹ ». Mais, plus tard, il modifie cette définition, car il y fait entrer aussi les droits patrimoniaux qui résultent des droits de famille pris dans le sens étroit ².

104. Il y a des auteurs qui ne veulent pas admettre la notion de droit subjectif dans le domaine de l'organisation de la famille. C'est ainsi que s'exprime M. Henri Capitant ³.

M. Capitant donne deux arguments. Le premier consiste dans le fait que ce droit subjectif n'existe pas dans l'inté-

1. *La règle de droit*, p. 264.

2. *La science juridique pure*, t. III, p. 827.

3. Sur l'abus des droits, *Rev. trim. de dr. civ.*, année 1928, pp. 374-375 ; *Introduction à l'étude du droit civil*, 2^e édit., pp. 118 et 268.

rôt du titulaire (père, tuteur, etc.), mais dans celui de l'incapable.

On peut répondre que l'intérêt existe bien en faveur du titulaire. Le père, comme auteur de l'enfant, a un intérêt propre à exclure de l'éducation de celui-ci toute autre personne que lui et quelquefois certaines institutions, parmi lesquelles peut figurer même l'Etat. Celui qui exerce une action en réclamation ou en contestation d'état a bien lui-même un intérêt. Nous nous apercevons également, comme le fait remarquer M. Ernest Roguin, que l'incapable n'est pas, à vrai dire, le sujet passif du droit exercé, mais qu'il est plutôt l'objet de ce droit¹. Le sujet passif est le monde contre lequel on protège cet incapable. En effet, comme nous l'avons vu, les droits de famille sont des droits absolus.

Le second argument de M. Capitant est que, en ce qui concerne la famille, tout est réglementé d'une façon impérative par le législateur et que tout se passe sous le contrôle de l'autorité publique : mariage, divorce, etc. L'élément de volonté qu'on y rencontre serait tout-à-fait différent de celui qu'on trouve dans les droits patrimoniaux. M. Capitant arrive à la conclusion suivante : « Ainsi il n'y a pas place pour la notion de droit subjectif dans la réglementation juridique de la famille² ».

Mais on peut répondre que l'impératif de la loi n'est pas aussi strict qu'il paraît au premier abord. Au contraire, on pourrait dire que la volonté gagne toujours du terrain dans le domaine de la famille et qu'elle n'est pas aussi différente de celle qu'on rencontre dans les droits patrimoniaux. Dans son cours de doctorat fait à la Faculté de Droit de Paris pendant l'année scolaire 1929-1930, M. le Professeur Georges Ripert parle comme d'une sorte d'en-

1. *La règle de droit*, p. 262.

2. H. Capitant, Sur l'abus des droits, *Rev. trim. de dr. civ.*, année 1928, p. 375.

vahissement de la volonté dans ce domaine et de l'augmentation de l'élément contractuel. Nous reproduisons en note le très intéressant passage qui se rapporte à la question ¹.

Par conséquent, le droit subjectif existe dans le domaine familial. Il réunit les deux éléments de tout droit subjectif, à savoir *la volonté* et *l'intérêt*. Mais, certes, la nature d'un droit familial est différente de celle d'un droit patrimonial. En effet, l'élément d'intérêt qu'on trouve dans les deux cas n'est pas le même.

105. Nous croyons que les droits de famille représentent la doctrine du droit naturel dans ce que celle-ci a de plus accusé et de plus ferme. Il est dans la nature des choses que la famille soit monogamique et qu'elle consiste dans le rapprochement physique et psychique d'un homme

1. « Si on étudie dans l'ensemble ces conventions on sera frappé par ce fait qu'il y a eu plutôt au cours du siècle dernier un affaiblissement du lien familial et des rapports de famille. Ce mouvement est bien connu. On a dit que sur ce point l'évolution du droit était allée vers l'individualisme, alors que partout ailleurs elle était allée vers le solidarisme. Les causes sont trop connues pour qu'on les rappelle ici : l'affaiblissement de la vie religieuse et des lois morales, le mouvement économique qui a affranchi la femme et les enfants en leur donnant un travail séparé de celui du père, et aussi l'hostilité de l'Etat tout puissant envers les autres groupements qui pourraient se développer et devenir aussi puissants que lui, hostilité qui s'est traduite par une augmentation de l'idée contrat dans les rapports familiaux, le mariage considéré comme un contrat, le divorce par consentement mutuel, d'abord entré dans la loi, puis chassé de la loi, mais admis par une sorte de simulation sur laquelle les juges ne se font pas d'illusion ; la filiation naturelle volontairement constatée par la reconnaissance des parents, l'adoption se traduisant par un contrat entre l'enfant adopté et le père adoptif, la liberté des conventions matrimoniales. *Ce sont les signes qui marquent que le groupement familial a passé plutôt sous le régime de la volonté que sous le règne de la règle obligatoire* ». (G. Ripert, *Les limites de la liberté contractuelle*, p. 91.)

Voir pourtant Julien Bonnecase, *Où en est le Droit civil ?* dans la *Cité moderne et les transformations du Droit*, Cahiers de la Nouvelle Journée, 1925, t. IV, pp. 76-80. M. Bonnecase soutient qu'une « réaction vigoureuse se dessine contre cette tendance en faveur du caractère organique de la loi au sens général du terme ou plutôt de l'institution juridique. » (p. 76). Il oppose ainsi, en matière de statut familial, le mariage-institution au mariage-contrat. Mais il reconnaît que le dernier n'est qu'une pure conception doctrinale, contredite législativement par la consécration du divorce (*op. cit.*, p. 78). L'auteur développe les mêmes idées dans son intéressant ouvrage *La Philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille. Ses destinées dans le droit civil contemporain*, 2^e éd., Libr. E. de Boccard, Paris, 1928. Voir surtout pp. 167 et suiv.

et d'une femme. Il est tout naturel que l'enfant connaisse le père et la mère et qu'il reçoive de ceux-ci les soins et l'affection nécessaire. On ne peut concevoir la prosmicuité, car ce milieu familial ferait défaut.

Ce milieu implique des rapports juridiques entre les deux époux, entre ceux-ci et leurs enfants, entre toute la famille et les divers parents. M. Jean Dabin, en s'occupant de cette question, parle à juste titre d'un « *droit naturel familial* » et d'une « *justice familiale* ¹ ». Et on verra plus loin, en parlant du droit soviétique russe en matière de famille, que si on ne tient pas compte de cette doctrine de droit naturel on arrive à des situations désastreuses. On ne doit pas oublier la phrase de Rousseau : « *La plus ancienne de toutes les sociétés, et la seule naturelle, est celle de la famille* ² ». De même, c'est ici qu'on peut faire la meilleure application de la définition de Montesquieu : « *Les lois dans la signification la plus étendue, sont les rapports qui dérivent de la nature des choses* ³ ».

106. Après avoir étudié les caractères généraux des droits de famille, occupons-nous un peu de quelques-uns des plus importants, à savoir *les droits qui dérivent de la puissance paternelle*.

Le titre qui sert de base à cette puissance paternelle est *la procréation* accompagnée d'une sorte de *devoir de solidarité humaine d'élever les nouvelles générations*.

Cette puissance paternelle s'est manifestée à Rome d'une manière absolue et elle était connue sous le nom de *patria potestas*. Presque toute la législation romaine reposait sur cette *patria potestas*, dont elle constituait un trait caractéristique. La preuve nous la trouvons dans un passage de Gaius, reproduit par Justinien :

1. Jean Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*, pp. 349 et s.

2. *Du contrat social*, livre premier, chap. II.

3. *De l'Esprit des lois*, livre premier, chapitre premier.

« *Jus potestas quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum ; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus*¹ ».

Cette *patria potestas*, surtout à une époque plus reculée, comprenait le droit d'imposer des punitions corporelles qui pouvaient aller jusqu'à la mort, la vente de l'enfant, son abandon noxal, son exhérédation, son abdication (*abdica-tio* : procédé extra-légal par lequel le père chassait l'enfant de sa maison et lui enlevait l'espérance de lui succéder²).

Comme nous le voyons, la puissance paternelle était absolue et elle était exercée plutôt dans l'intérêt du père que dans celui de l'enfant. Il n'en est pas de même dans le droit moderne. A présent, la puissance paternelle a une « valeur fonctionnelle », ainsi que le dit M. Jean Dabin³. Elle est exercée en vue d'assurer le développement physique et psychique de l'enfant.

Cette puissance paternelle consiste pour les parents dans le droit de garde et de correction, dans le droit d'éducation, dans le droit de surveiller les actions importantes de leurs enfants, surtout quand ceux-ci ne sont pas majeurs, par exemple en cas de mariage. Il s'agit bien de droits subjectifs dans tous ces cas. On trouve la plupart d'entre eux énumérés dans le titre IX du premier livre du Code civil, intitulé « *De la puissance paternelle* ». Les autres se trouvent surtout dans le titre consacré au mariage. De ces droits purement familiaux, il résulte des droits patrimoniaux, comme, par exemple, le droit d'usufruit des parents sur les biens de leurs enfants mineurs ou des droits d'aliments. Ils font partie de l'acceptation large de droits de famille.

1. *Instit.* 1 ; 102. — *Gaius. Comm.* 1, 55. — L. 3, *De his qui sui vel alieni* ; D. 1, 6.

2. Alphonse Boistel, *Le droit dans la famille*, pp. 47-48 et 77.

3. *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*, p. 350.

Mais, à cause de leur nature patrimoniale, ils entrent dans la catégorie des droits réels ou des droits personnels que nous avons étudiés précédemment.

107. Dans le livre premier du Code civil on trouve d'autres titres consacrés entièrement à certains droits subjectifs familiaux. Dans le titre VIII nous rencontrons ceux qui découlent de *l'adoption* ; dans le titre X, ceux qui découlent de *la tutelle*. Mais nous ne nous en occuperons pas.

108. Nous ferons seulement une dernière observation. Il y a des auteurs qui mettent en relief *l'affaiblissement des liens juridiques familiaux* : MM. Ripert¹, Hauriou², Boistel³, Bonnecase⁴. Cet affaiblissement, résultat de multiples contingences sociales, se traduit par une diminution en force du droit subjectif familial. Comme la famille est la base de la société, il faut encourager tous les facteurs qui lui produiraient une ambiance favorable : moralité, état économique, etc. *Le facteur législatif* peut influencer beaucoup le développement de la famille dans le cadre de la conception traditionnelle. Son rôle sera de donner plus de vigueur aux droits subjectifs familiaux en évitant de créer des situations trop indépendantes à chacun des membres de la famille et en empêchant une trop grande immixtion de l'Etat, surtout en matière d'éducation des enfants. On trouve cette immixtion poussée à l'extrême par la législation soviétique russe, point sur lequel nous voulons insister un peu.

109. On a vu à la fin du titre I^{er}, de la première par-

1. Dans le passage précité.

2. *Principes de droit public*, 2^e édit. pp. 763-768 et 771-772.

3. *Le droit dans la famille*, p. 152.

4. *La Philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille, Ses destinées dans le droit civil contemporain* pp. 246 et suiv.

tie¹, quels sont les principes de la législation soviétique russe à propos de la question des droits subjectifs en général².

En ce qui concerne le mariage³, celui-ci résulte de la cohabitation. Il peut être enregistré ou non enregistré. Le principe qui domine le Code de la famille soviétique, comme toute la législation russe, c'est la liberté de l'individu. La femme sera tout-à-fait libre et maître de ses actions. Mais, de plus : les enfants eux-mêmes seront indépendants vis-à-vis de leurs parents. Il y aura seulement le devoir réciproque d'aliments entre les parents et les enfants, car l'assistance paraît être assez bien organisée dans le code soviétique. Par leur réforme, les bolchevistes ont presque supprimé la vieille famille russe avec ses traditions séculaires. En effet, cette famille constituait la résistance la plus pénible pour la nouvelle organisation d'Etat. Mais, à la suite de cette réforme, l'individu n'a pas acquis la liberté. Il est passé seulement sous la domination complète de l'Etat. Ainsi cela n'est que l'application des principes généraux soviétiques que nous avons exposés ailleurs, à savoir : la substitution de l'étatisme pur aux droits subjectifs. Et une idée, que nous poursuivons continuellement, se dégage encore une fois pour nous : c'est que lorsqu'on va contre la nature des choses on ne peut arriver qu'à des solutions funestes et qui, fatalement, seront passagères.

Section III. — Caractères des droits de la personnalité

110. Traits généraux.

110. *Tous ces droits subjectifs sont strictement person-*

1. Chapitre VI.

2. Nous rappelons l'apparition du *Traité de droit civil et commercial des soviets*, 3 vol. (Lib. gén. de dr. et de jurispr. Paris, 1930), publié sous la direction de MM. Paul Tager, et autres. Malheureusement il était trop tard pour utiliser cet important ouvrage.

3. Voir l'intéressante étude de M. Pierre Chaplet : *La famille en Russie soviétique*, Lib. Marcel Giard, Paris, 1929.

4. Ne pas confondre ce sens du mot « personnel » avec celui du mot que nous avons employé à l'occasion de la division des droits subjectifs en droits réels et en droits personnels..

*nels*¹, c'est-à-dire sont indissolublement liés à la personne du titulaire. Ils sont *incessibles, imprescriptibles et intransmissibles par voie successorale*. C'est ainsi que la jurisprudence n'admet pas la transmission aux héritiers d'un enfant naturel de l'action en réclamation d'état¹. De même, elle ne permet pas aux héritiers d'intenter, du chef du défunt, une action en dommages-intérêts contre la personne qui a causé la mort de la victime². Mais dans les deux cas la doctrine est contraire à la jurisprudence³.

1. Cass., 29 juillet 1861, D. P. 61.I.297, S. 61.I.700; Cass., 3 avril 1872, D. P. 72.I.113, S. 72.I.126.

2. Trib. Toulouse, 17 avril 1902, S. 1905.2.81; Amiens, 10 juillet 1902, S. 1902.2.8; Besançon, 1^{er} décembre, 1880, S. 81.2.20.

3. E. H. Perreau, Les droits de la personnalité, *Rev. trim. de dr. civ.*, année 1909, p. 520.

CHAPITRE III

L'OBLIGATION OU DROIT DE CREANCE

Section première. Définition et sources des obligations.

Section II. — Analyse de l'obligation.

Section I. — Définition et sources des obligations

111. Généralités. — **112.** Définition. — **113.** Sources.

111. La classification des droits subjectifs nous a mis en présence des divers groupes de droits de l'individu. A cette occasion, on a vu quels sont les caractères généraux de ces groupes.

Nous avons cru nécessaire d'insister d'une manière spéciale sur les droits de la personnalité. De même, il est indispensable d'examiner au point de vue qui nous intéresse le droit d'obligation (de créance) et le droit de propriété. L'un représente le groupe des droits personnels, l'autre celui des droits réels.

112. *On appelle obligation ou droit de créance le rapport juridique établi entre deux ou plusieurs personnes déterminées en vertu duquel l'une d'entre elles, nommé créancier, peut demander à l'autre, qui s'appelle débiteur, de faire ou de ne pas faire quelque chose en sa faveur.*

Ainsi l'obligation crée entre deux personnes un vrai lien

de droit, un *vinculum juris*. Le code civil donne la définition de l'obligation dans l'art. 1101, à propos du contrat :

« *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ».

On voit qu'il s'agit là de deux sujets de droit bien distincts : l'un actif et l'autre passif. Quant à l'objet donner et faire, représentent tous les deux une action. *On peut donc dire que cet objet consiste tout simplement dans une action ou une abstention.*

113. Conformément à l'art. 1370 C. Civ., les obligations naissent directement de la loi ou d'un fait de l'homme.

La loi impose, dans certains cas, des *obligations légales*, par exemple l'obligation d'aliments dans les rapports de famille (art. 203 à 211 C. Civ.) ou la création des servitudes légales. Mais celles-ci sont très rares.

La vraie source des obligations c'est *le fait de l'homme*. Ce fait se présente sous son aspect normal, qui est celui du *contrat* ou du *quasi-contrat* ; ou sous son aspect illicite, à savoir *le délit* et *le quasi-délit*.

Section II. — Analyse de l'obligation

114. Objet de cette section. — **115.** La volonté et le contrat. **115.** La volonté et le quasi-contrat. — **117.** Les délits et les quasi-délits. — **118.** L'intérêt. — **119.** L'obligation et le sujet de droit. — **120.** L'extinction des obligations. — **121.** La transmission des obligations.

114. Il y a certains éléments qui nous intéressent dans cette analyse, pour suivre le fil logique de notre pensée. Ce sont les idées de *volonté*, d'*intérêt*, de *sujet de droit* ; il y a ensuite la question de la transmissibilité des obligations, tout cela vu à la lumière *des normes objectives de droit*.

115. Considérons d'abord *l'élément de volonté*. On le voit apparaître par excellence dans *le contrat*. En effet, celui-ci représente la source type du droit subjectif. Nulle part la volonté de l'homme ne se manifeste avec une telle netteté et avec un tel soin de produire des effets juridiques que dans le contrat ¹. La loi lui permet d'exister sous n'importe quelle forme et concernant n'importe quelle question, à condition de ne pas toucher aux dispositions d'ordre public ou à celles des bonnes mœurs. Dans ce sens, MM. Aubry et Rau disent : « *Tout ce que la loi ne défend pas ou n'ordonne pas reste abandonné au libre arbitre des particuliers* ². »

MM. Colin et Capitant montrent que le principe de l'art. 1134 C. Civ., en vertu duquel le contrat naît par le simple consentement des parties, est un principe moderne, celui de la volonté, sur lequel repose toute la théorie des obligations. Ce principe n'existait dans le droit romain que sous la forme rare de contrats consensuels ou de certains pactes reconnus par le préteur ou par les constitutions impériales. La règle générale était celle de l'existence des contrats réels ou formalistes ³.

Il n'est pas nécessaire de dire que nous raisonnons sur le cas d'une volonté normale et capable de se manifester juridiquement. Le contrat consiste justement dans l'accord normal de deux volontés en vue de faire naître une obli-

1. Sur l'analyse psychologique de la volonté dans les contrats, voir la thèse de M. Trajan R. Ionescu, *L'Evolution de la notion de cause dans les conventions à titre onéreux* (Première partie, chap. premier : « La volonté dans la formation des contrats »), Les Presses Universitaires de France, Paris, 1923.

Voir de même Mircea Djuvara, *Teoria generala a Dreptului* (*Enciclopedia juridica*), Libr. Socec, Bucaresti, 1930, t. II, pp. 332 et suiv.

Consulter aussi J. Bonnet, *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil par Baudry-Lacantinerie et divers collaborateurs*, Libr. Sirey, Paris, 1925, tome II, le chapitre intitulé « L'acte juridique et le fait juridique considérés sous le rapport de la nature et du rôle de la volonté », pp. 431-527.

2. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5^e édit., t. premier, § 34, p. 174

3. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4^e édit., Dalloz, Paris, 1923-1925, t. II, p. 3.

gation. En cela, il correspond à l'idée de liberté. Par l'égalité qui existe entre les prestations des co-contractants et par la liberté elle-même de contracter, le contrat tire sa force juridique et morale des principes de droit naturel et de morale. Ceux-ci mettent un obstacle à tout contrat dans lequel l'une des prestations serait plus onéreuse ou dans lequel la liberté de contracter n'existerait plus grâce au jeu des circonstances. Les juges doivent apprécier les principes sur lesquels un contrat repose ; et si ces principes ne correspondent pas aux vrais principes de droit naturel, ils doivent déclarer le contrat nul. De même, pour le cas où le phénomène prend un aspect général, social, le législateur est obligé d'intervenir dans ce sens.

116. Cet élément de volonté se trouve aussi dans *les quasi-contrats*. L'article 1371 C. Civ. les définit : « *Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties.* »

La volonté ne se présente pas ici avec le même degré de force que dans le cas du contrat. Le plus souvent cette volonté génératrice du droit subjectif se trouve à la base d'un « fait », comme le dit le code. Prenons un exemple typique. C'est le cas de l'art. 1377 C. Civ., 1^{er} alinéa : « Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier ».

Au premier abord, le mot « erreur » nous fait croire qu'ici il ne pourrait s'agir d'aucune idée de volonté. Mais nous nous apercevons que la source du droit subjectif en question se trouve dans le fait du paiement d'une dette supposée. Cette opération implique, sans doute, une volonté. Le fait qu'on s'est trompé dans le calcul ne nous intéresse

pas. Ce qui est important pour nous c'est que l'origine du droit subjectif consiste dans l'acte de volonté qui est à la base du paiement effectué.

Il nous paraît intéressant de reproduire, à ce point de vue, un passage de M. Boistel :

« Lorsqu'un intervalle de temps sépare les deux manifestations de volontés, on qualifie l'opération de *quasi-contrat* dans le sens exact et qu'il serait logique de garder seul pour ce mot ; c'est comme un contrat en deux actes successifs¹ ».

On voit donc quelle est la part de la volonté dans les quasi-contrats.

117. Nous n'insistons pas sur les délits ou les quasi-délits. Ici l'obligation ne prend naissance qu'à contre-coup. Il n'y a pas une volonté de la part de celui qui commet le fait illicite de faire naître une obligation au profit de X. Mais l'élément de volonté existe quand même, soit sous forme d'*intention de nuire*, soit dans la négligence de ne pas prendre garde à sa conduite.

118. Le second élément qui entre dans la composition de l'obligation, comme de tout autre droit subjectif, c'est l'*intérêt*. Il forme le contenu ou l'objet du droit de créance. C'est le but même de l'obligation et qui consiste dans un *facere* ou un *non facere*.

Malgré sa conception personnaliste, M. René Demogue trouve que ce but est différent pour la classe des droits personnels et pour celle des droits réels : pour les premiers il consiste dans le fait de pouvoir réclamer une action de la part du débiteur ; pour les seconds, d'une manière générale, il a pour objet d'assurer la liberté du titulaire d'un tel droit².

1. A. Boistel, *Cours de Philosophie du Droit*, t. I, p. 394.

2. René Demogue, *Traité des obligations en général*, t. I, p. 7.

119. De la définition de l'obligation, il résulte qu'elle comporte deux sujets de droit bien distincts : l'un c'est *le créancier*, qui est le sujet actif ; l'autre, c'est *le débiteur*, qui est le sujet passif. Le rapport juridique, tout en étant opposable à n'importe qui, reste limité à ces deux personnes. C'est pour cela qu'on dit que le droit de créance est *un droit relatif*.

Il y a une étroite liaison entre cette idée de relativité de l'obligation et celle de *sa valeur*. En effet, la valeur de la créance est en fonction de la solvabilité du débiteur. Nous n'aurons entre nos mains une véritable *valeur* que si la créance que nous possédons provient d'une personne solvable.

A ce point de vue, la différence est grande entre le droit de créance et le droit réel, par exemple le droit de propriété où la valeur de celui-ci n'est pas en fonction d'une certaine personne.

120. L'obligation est en général *temporaire*. Elle peut s'éteindre de diverses manières. Le Code s'en occupe dans l'article 1234. Il énumère les cas d'extinction des obligations, qui seraient au nombre de neuf. Les auteurs critiquent cette énumération. Ainsi, MM. Colin et Capitant disent qu'on ne peut pas considérer la nullité ou la rescision, aussi bien que l'arrivée de la condition résolutoire, comme des modes d'extinction de l'obligation. En effet, celles-ci l'anéantissent rétroactivement et n'agissent pas comme de simples modes d'extinction. Les deux auteurs remarquent qu'il y a en revanche d'autres cas qui ne figurent pas dans la liste donnée par l'article 1234 : 1° c'est l'échéance du terme extinctif dans les contrats successifs ; 2° c'est le consentement mutuel de résiliation d'un contrat ou la simple mani-

festation unilatérale de volonté dans les cas prévus par les articles 1780, 1869, 2003 C. civ.¹.

121. Enfin, une dernière question est celle qui se rapporte à *la transmission des obligations*.

L'obligation est un élément actif du patrimoine du créancier. *En tant que valeur*, elle peut être transmise à une autre personne, par voie de cession ou par toute autre voie de transmission des droits.

Le principe a été au commencement de l'intransmissibilité des obligations. Au point de vue de la stricte logique, c'était correct. Ce lien de droit s'éteignait avec la personne de ceux qui y avaient pris part ou par leur volonté. Ainsi, on pourrait dire que tous les droits sont inhérents à la personne de l'homme et que ce qu'on appelle transmission n'est qu'un remplacement de droits. Mais, *pour des besoins de pratique*, on a érigé, dans une certaine mesure, le droit subjectif en notion à part. Il survit ainsi à l'homme et se transmet. Il passe d'un individu à un autre, emportant avec lui une partie psychique de notre être : c'est la volonté qui a concrétisé un certain intérêt.

Le mode propre de transmission de l'obligation, *c'est la cession*. Grâce à elle l'ancienne obligation subsiste tout en se transmettant à une autre personne. Dans le Code on en parle à propos de la vente. Elle diffère pourtant de celle-ci puisqu'elle met en présence trois personnes : le cédant, le cessionnaire et le cédé. La transmission de l'obligation peut exister aussi sous forme gratuite².

Dans la législation française, la cession ne s'applique qu'au côté actif de l'obligation, à la créance, et non pas à son aspect passif, qui est celui de la dette.

1. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 6^e édit., 1930, t. premier, pp. 71-72.

2. A. Colin et H. Capitant, *ibid.*, p. 146.

CHAPITRE IV

LE DROIT DE PROPRIÉTÉ

Section première. Définition de la propriété. — **Section II.**
Nature et caractères de la propriété.

Section I. — Définition de la propriété

122. Considérations générales sur le droit de propriété. — **123.** La définition donnée par le Code ; sa critique. — **124.** La définition d'Aubry et Rau et celle de M. Vareilles-Sommières. — **125.** Propriété restreinte ; définition.

122. Dans le groupe des droits réels nous insisterons un peu sur *le droit de propriété*. Il est bien caractéristique, car, comme le dit M. Haurion « Il n'est pas de droit plus subjectif que le droit de propriété »¹.

On peut envisager la question du droit de propriété de divers points de vue et lui donner une extension qui peut beaucoup varier. Nous la considérons tout simplement en rapport avec les théories que nous avons exposées précédemment et nous limiterons nos recherches à un examen succinct.

1. Maurice Haurion, *Principes de droit public*, 2^e édit., p. 92.

123. L'article 544 du Code civil définit la propriété comme il suit : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.* »

On a fait des critiques à cette définition donnée par le Code. On a dit d'abord que des trois éléments de la propriété : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, on n'a tenu compte que des deux premiers ; que le mot *absolue* employé par le Code nous mène à une conception anti-sociale et anti-juridique de la propriété ; qu'on a omis le caractère d'être *exclusive* et *perpétuelle*, lequel est de l'essence même de la propriété¹.

124. Des nombreuses définitions que les auteurs ont données sur le droit de propriété, nous reproduirons deux d'entre elles.

Il y a d'abord celle d'Aubry et Rau qui définissent la propriété comme « *le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise, d'une façon absolue et exclusive, à l'action et à la volonté d'une personne* »².

Il y a ensuite la définition de M. le marquis de Vareilles-Sommières :

« *C'est le droit en vertu duquel une personne peut, EN PRINCIPE, tirer d'une chose tous ses services. Ou encore : c'est le droit en vertu duquel une personne peut, EN PRINCIPE, faire d'une chose ce qu'elle veut* »³.

1. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4^e édit., tome premier, pp. 715-716 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, 10^e édit., tome premier, p. 752.

Dans son étude *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines* (thèse Aix, 1902, Libr. Arthur Rousseau, Paris, 1902), à la page 123, M. Georges Ripert fait remarquer que tandis que les auteurs, dans leurs définitions, s'occupent de la *nature* du droit de propriété le code ne fait que *décrire les attributs* de ce droit subjectif.

2. *Cours de droit civil français*, 5^e édit., t. II, § 190, p. 256.

3. Vareilles-Sommières, La définition et la notion juridique de la propriété, *Rev. trim. de dr. civ.*, année 1905, p. 443.

Si la première veut préciser davantage la nature et les attributs de la propriété, la seconde a le mérite d'être beaucoup plus souple. En effet, elle comporte la possibilité d'imposer à la propriété toutes les restrictions prescrites par la loi ou par les règlements, aussi bien que celles créées par le propriétaire lui-même par voie d'aliénation. C'est dans ce sens que M. Vareilles-Sommières dit que le droit de propriété « ce n'est pas l'étendue qu'il a, c'est celle qu'il est susceptible d'avoir ».

125. Toutes ces restrictions n'empêchent pas que la propriété garde toujours son caractère comme telle. M. de Vareilles-Sommières, dans sa très intéressante étude *La définition et la notion juridique de la propriété*¹, exprime la conviction que nul auteur n'a jamais pensé de présenter la nue propriété ou la propriété restreinte par une servitude foncière, par une hypothèque ou par un louage, comme un droit réel distinct de la propriété. Pourtant M. Ernest Roguin a exprimé une telle opinion. Voilà ce qu'il dit dans *La règle de droit* (1889)² :

« En résumé, la propriété doit être définie le droit le plus étendu donné par la loi sur une certaine catégorie de choses, et il faut admettre qu'elle n'existe plus au profit de personne aussitôt que ce droit a été diminué, même seulement par la création d'obligation. Dans ce cas, il n'existe plus que des pouvoirs limités et de nature diverse sur l'objet³. »

Mais, dans *La science juridique pure* (1923)⁴, il recon-

1. *Rev. trim. de dr. civ.*, année 1905, pp. 443-495.

2. P. 274.

3. Il est suivi dans cette opinion par M. César G. Partheniu, qui soutient la même chose dans sa thèse de doctorat : *Le droit social sur les choses, Essai sur la nature des propriétés collectives*, Paris, 1908, Imprimerie Henri Jouve pp. 136-140.

4. Tome premier, pp. 186-187.

naît son erreur et s'excuse, en montrant qu'une confusion s'était produite dans son esprit entre la notion de *propriété juridique* et celle de *propriété économique*. En effet, la dernière seule disparaîtrait quand elle serait surchargée de restrictions.

La définition de M. de Vareilles-Sommières nous semble satisfaisante. Nous croyons donc inutile d'en formuler une autre.

Section II. — Nature et caractères de la propriété

126. Généralités. Le droit de propriété basé sur les normes de droit naturel. — **127.** La propriété et la volonté. — **128.** La propriété et l'idée d'intérêt. — **129.** Le titre et le sujet de droit. — **130.** Diverses sortes de propriétés et les restrictions qu'on leur apporte. — **131.** La zadrouga yougoslave.

126. Nous n'insistons pas sur les *théories négatives économiques*¹ ou *juridiques*² concernant la propriété individuelle. Nous laissons les premières sur le compte des spécialistes ; les dernières se réduisent à une seule importante : celle de M. Duguit, théorie sur laquelle nous avons longuement insisté^{3,4}.

1. Le socialisme, le communisme.

2. Par exemple, le système de M. Duguit.

3. Comme à propos des autres droits subjectifs, M. Duguit soutient que le droit de propriété est une notion métaphysique, qui doit être jetée par dessus bord. De plus, il ne lui accorde même pas la qualité de situation juridique subjective, mais il dit que c'est une *situation de droit objectif*, ce qui est encore plus éloigné de la conception des droits subjectifs. Pour M. Duguit la propriété n'est qu'un *simple fait de solidarité, une richesse, la chose elle-même*. Elle cesse d'être un droit subjectif pour devenir une *fonction sociale*. (Voir surtout le *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édit., tome premier, pp. 446, 448 et les *Etudes de droit public*, I, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, pp. 209-210. De même dans *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Alcan, Paris, 1912, la 6^e conférence : *La propriété fonction sociale*, p. 146).

4. M. Gaston Richard, dans son très intéressant article, *La sociologie juridique et la défense du droit subjectif*, publié dans la *Revue philosophique de la France et de l'Etranger* (tome LXXIII, janv.-juin 1912, pp. 225-247), fait une savante analyse du droit de propriété chez M. Duguit. M. Richard parle en sociologue. Il arrive à la conclusion que la théorie de M. Duguit occupe une position ambiguë entre la doctrine de Comte, qui rejette toute idée de droit subjectif et de revendication ouvrière fondée sur une telle notion, et la théorie syndicaliste, qui, justement, agit au nom des droits subjectifs.

L'expérience nous suffit pour prouver que la propriété individuelle est une réalité primordiale à l'organisation sociale¹. Nous y ajouterons seulement quelques réflexions qui confirmeront davantage les théories précédemment exposées à propos de la nature du droit subjectif en général.

On s'aperçoit qu'une double évolution s'effectue en ce qui concerne la propriété : dans le sens de l'*individualisation*, ce qui est conforme aux besoins de plus en plus nombreux et subtils de notre personnalité ; une autre tendance de *socialisation*, qui représente l'idée de solidarité humaine, toujours plus puissante. On ne doit pas prendre parti contre l'une ou contre l'autre. Elles sont nécessaires toutes les deux. Elles correspondent à ce que nous avons appelé *le droit naturel individuel* et *le droit naturel social*. En effet, la propriété individuelle, comme la famille, nous semble être assise sur un fondement de règles immuables. Ce sont les normes objectives qui puisent dans la doctrine du droit naturel. L'époque révolutionnaire a mieux concrétisé que nulle autre ces principes. Et, malgré les attaques qu'on leur porte, ces principes restent à la base de la législation française, nous dirons du monde civilisé. C'est ainsi que le principe de la propriété individuelle « inviolable et sacrée » a été consacré. Nous rappelons surtout les Déclarations des droits de 1789 (art. 2 et 17)² et de 1793, le Code

1. Il y a des auteurs pour lesquels toute cette organisation se réduit à l'idée de propriété. Voilà ce que dit dans ce sens M. Gaston Richard : « Il semble qu'avec la propriété, le système entier du droit subjectif soit donné, les droits du citoyen comme les droits de l'homme. La liberté des contrats découle du droit de propriété, mais l'inviolabilité du domicile en procède aussi, ainsi que l'inviolabilité de la correspondance. Posez ces libertés et vous avez comme corollaires les libertés de presse, de réunion et d'association, Dès lors que manque-t-il sinon le droit politique ? Mais le droit de propriété comprend la faculté de se taxer soi-même qui, une fois reconnue à l'ensemble des propriétaires, engendre inévitablement le régime parlementaire et le contrôle du gouvernement par les contribuables », *La sociologie juridique et la défense du droit subjectif*, *Rev. Philos. de la France et de l'Etranger*, année 1912, p. 236).

2. Art. 2 de la Déclaration de 1789 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits

rural, la loi des 28 septembre-6 octobre 1791 (art. 1 et 2) ¹, l'article 545 du Code civil ².

127. L'élément de *volonté* qui fait partie du droit de propriété se manifeste sous diverses formes. On le rencontre d'abord dans *l'acquisition d'une certaine chose*. De même, cet élément de volonté se trouve dans *le fait de garder la chose et d'en jouir*. En effet, on met en valeur un certain bien, on retire les bénéfices et on repousse toute attaque qui voudrait nous en dépouiller. Quand cette volonté manque et quand une autre la remplace nous voyons jouer *la prescription*. Nous rapprochons aussi de cette idée celle de *la perpétuité de la propriété* ³.

La propriété ne s'éteint pas par le non-usage. En principe, elle dure à perpétuité dans les mains des titulaires successifs même quand ils se désintéressent de la chose si la prescription ou une loi abolitive n'interviennent pas. Comment peut-on alors expliquer cette perpétuité en rapport avec la notion de volonté ? Nous croyons que c'est *par l'idée de volonté présumée*. Même si on se désintéresse du droit de propriété on ne se dessaisit pas formellement, on ne manifeste pas la volonté dans le sens contraire. On la suppose donc dans le sens positif, sous une forme latente, ce qui attire le titre de propriétaire.

sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ».

Art. 17 de la même Déclaration : « La propriété est un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

1. « Décret concernant les biens et usages ruraux et la police rurale ».

2. Art. 545 C. Civ. : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité ».

3. Sur les multiples sens du mot « perpétuité » en matière de propriété, voir de Vareilles-Sommières, La définition et la notion juridique de la propriété, *Rev. trim. de dr. civ.*, année 1905.

128. L'élément d'*intérêt* dans le droit de propriété est presque exclusivement de nature patrimoniale. Il se manifeste sous la forme d'une trilogie bien connue : le *jus utendi*, le *jus fruendi* et le *jus abutendi*.

Mais quand il s'agit d'une *propriété incorporelle* (droits intellectuels), comme par exemple la propriété littéraire et artistique, l'intérêt, qui forme le contenu d'un tel droit est en premier lieu de nature morale et seulement en second lieu de nature pécuniaire. D'ailleurs ces droits intellectuels sont soumis à un régime spécial. Ils ne jouissent pas de la perpétuité. Conformément à la loi du 14 juillet 1866, ils s'éteignent 50 ans après la mort de l'auteur. On a considéré qu'il est nécessaire de les mettre à la disposition de tous les hommes.

129. Une autre idée sur laquelle nous avons déjà insisté dans la partie générale et dont nous voulons faire l'application au droit de propriété c'est la notion de *sujet de droit*.

La propriété représente une *valeur pour le sujet actif de droit*¹. Cette valeur suppose un *titre*. C'est ce titre qui établit la différence entre le droit de propriété et la possession. Il représente l'élément intellectuel à côté de l'élément physique, qui consiste dans le pouvoir d'exercer une action sur la chose (détention). Grâce à ce titre le droit de propriété subsiste même quand on a perdu la possession².

M. Hauriou³ soutient que seule la jouissance des biens implique la notion de sujet de droit et non pas l'exercice. Il apporte des arguments pris au droit administratif fran-

1. Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^e édit., pp. 253-254.

2. En dehors de l'ouvrage précité de M. Hauriou, voir sur la matière : Georges Ripert, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, p. 124 ; Alphonse Boistel, *Cours de philosophie du droit*, tome premier, pp. 157-160.

3. Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, p. 254.

çais, où il s'agit de pouvoirs objectifs. On n'y trouve pas de sujet de droit. Ceux-ci ne sont que des droits sans sujet, exercés par les administrateurs¹. Comme conséquence de son raisonnement, M. Hauriou montre que seulement le passage de la catégorie de l'exercice des droits à celle de la jouissance marque la transformation de la conception objectiviste de la propriété en conception subjectiviste.

Nous n'abordons pas la question en droit administratif. Nous faisons seulement remarquer que, quelle que soit la solution dans le droit administratif, le droit privé ne peut lui être comparé car il est tout à fait différent à ce point de vue, comme à d'autres. Nous n'admettons pas de droits sans sujets en droit privé. Au contraire, nous avons vu qu'il y a des sujets de droit et des sujets de jouissance.

En ce qui concerne *le sujet passif* quant au droit de propriété, le rapport qui existe entre celui-ci et le sujet actif, la détermination de la nature de propriété à ce point actif et enfin la détermination de la nature de propriété à ce point de vue, nous prions le lecteur de vouloir bien se reporter à ce que nous avons dit aux deux sections du chapitre premier de cette partie qui portent comme titres, l'une : *Les droits absolus et les droits relatifs* ; l'autre : *Le droit réel et le droit personnel*.

130. Nous ne croyons pas nécessaire d'entrer dans la discussion des diverses sortes de propriétés : la copropriété², la propriété collective des personnes morales.

De même, nous n'insistons pas sur les diverses restrictions du droit de propriété imposées par la nature des

1. Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^e éd., p. 254.

2. Voir la thèse récente de M. Aurelian Ionasco, *La copropriété d'un bien*, Les Presses universitaires de France, Paris, 1930, qui soutient que la copropriété est un droit *sui generis*.

Voir dans le même sens la thèse de M. César G. Partheniu, *Le droit social sur les choses, Essai sur la nature des propriétés collectives*, Paris, 1908, Imprim. Henri Jouve, pp. 115 et s.

Nous faisons des réserves sur cette opinion.

choses, par la loi positive ou par les conventions qui interviennent entre les propriétaires et les divers particuliers.

131. Au contraire nous estimons utile de donner quelques renseignements sur une institution étrangère appartenant à la matière de la propriété : c'est *la zadrouga yougoslave*¹.

La zadrouga signifie *communauté de famille*. Elle consiste dans le fait que les membres de la famille vivent, travaillent et mettent ensemble leurs biens. Quatre éléments sont nécessaires pour que *la zadrouga* existe : 1° Qu'il y ait parenté (l'adoption est suffisante) ; 2° une communauté de biens ; 3° de vie ; 4° de travail. Les trois derniers éléments sont liés à *l'idée de volonté*. Il faut que cette volonté existe pour que *la zadrouga* ait lieu. Elle peut être aussi bien *expresse* que *tacite*. Quand il y a des incapables qui doivent faire partie de *la zadrouga* la loi considère leur volonté dans le sens affirmatif ; *elle présume leur volonté* comme étant d'accord pour qu'on fasse partie de *la zadrouga*.

De la description de cette forme de propriété yougoslave résultent deux choses : 1° Son caractère spécifique de vie et de biens en commun des membres d'une même famille ; 2° un nouvel argument à la thèse que la propriété, comme tout droit subjectif, implique un élément de volonté, et que lorsque celle-ci n'est pas exprimée elle doit être présumée.

1. Nous devons ces informations au savant professeur de Belgrade, *M. Jivoin Peritch*, qui parle de *la zadrouga yougoslave* dans un article publié dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, année 1929, intitulé : « La volonté des particuliers comme créatrice de droits privés ».

CHAPITRE V

LA RESPONSABILITE CIVILE ET L'ABUS DES DROITS

132. Diverses questions en rapport avec la responsabilité civile et la théorie de l'abus du droit. — **133.** L'idée de faute à la base de la notion de responsabilité. — **134.** Le droit subjectif né au profit de la victime. **135.** Détermination et rôle de la théorie de l'abus du droit. — **136.** Son étude en droit comparé.

132. Comme un corollaire de nos études précédentes se pose le problème des limites des droits subjectifs. Ce problème entraîne deux questions importantes qui se touchent de près : *la responsabilité civile et l'abus des droits*.

Il s'agit de savoir dans quelle mesure nous pouvons exercer nos droits au détriment des autres hommes et quelle est la meilleure solution à donner en cas de conflit de droits subjectifs ?

Dans le droit privé nous ne croyons pas qu'il y ait une autre question où le Droit se mélange autant avec la Morale comme cette question de responsabilité et d'étendue de nos droits subjectifs¹.

On discute sur le point de savoir si les droits subjectifs sont absolus ou relatifs, si nous pouvons en user à notre gré ou non, si la responsabilité civile est basée sur l'idée de

1. Voir dans ce sens, Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e édit., pp. 163 et s.

faute (responsabilité subjective) ou sur l'idée de risque (responsabilité objective).

133. Nous avons déjà eu l'occasion de nous prononcer sur la question de l'absolutisme des droits subjectifs¹.

On a vu que par leur nature ils sont *absolus*, puisqu'ils dérivent des normes objectives de droit naturel ; mais que par leur exercice ils sont *relatifs*. Ce qui nous intéresse ici c'est leur exercice. A ce point de vue, on trouve comme texte fondamental dans la législation française l'article 1382 du Code civil : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* » Les autres articles du Code civil sur la responsabilité en dérivent. En premier lieu ce texte implique l'idée de faute, de *responsabilité subjective*. Cela est juste : si les droits subjectifs sont mis à notre disposition par la loi, il faut en jouir normalement. Ce qu'on prend en considération c'est la conduite de l'auteur de l'acte. Mais si la question de faute et de responsabilité subjective intervient le plus souvent, il y a des cas où *l'idée de risque* se fait jour, par exemple comme dans la loi du 9 avril 1898, sur les accidents de travail. L'apparition de cette idée de risque est en liaison avec la complexité de la vie sociale, de plus en plus grande. Nos droits subjectifs doivent subir cette influence ; et même si on n'a pas commis de faute, mais si, par l'exercice de notre droit, on a nui à autrui, on doit le dédommager. Certes, la base de la responsabilité restera toujours l'idée de faute et on n'admettra l'idée de risque que dans des cas exceptionnels. On fera, comme le dit M. Mestre, *une hiérarchisation de la responsabilité*². Ainsi on gardera un fondement spirituel au droit, tout en tenant compte des contingences économiques.

1. Voir n° 37, p. 76.

2. Achille Mestre, *Morale et Obligation civile*, *Rev. trim. de dr. civ.*, année 1926, p. 53.

134. Une autre question qui se pose est *celle de savoir si les délits et les quasi-délits civils donnent naissance à un droit subjectif pour la victime d'être dédommée*.

Cela ne fait aucun doute pour tous les auteurs qui admettent la notion de droit subjectif. C'est la conception traditionnelle et qui a été consacrée par le Code civil dans l'article 1370.

Mais ici encore M. Duguit n'est pas en accord avec une telle doctrine¹. Il nie toute idée de droit subjectif de la victime. M. Duguit donne des exemples que nous avons examinés et que nous n'avons pas trouvés concluants². Une telle opinion n'est que la résultante de la conception négative de M. Duguit à propos du droit subjectif. Elle a été exposée et critiquée. Inutile d'y revenir.

135. En étroite liaison avec l'idée de responsabilité se trouve *la théorie de l'abus du droit*.

On peut se demander quel est le rapport qui existe entre la responsabilité civile et ce qu'on appelle l'abus du droit.

Nous croyons *qu'il est variable* d'après l'acception qu'on donne à l'expression *abus du droit*. Pour la législation soviétique par exemple et pour des auteurs comme M. Josserand, l'abus du droit consiste dans le détournement du droit subjectif de sa fonction sociale. Dans ce cas, non seulement l'abus du droit absorbe toute la théorie de la responsabilité, mais il va au delà, en passant dans le champ de l'objectivisme (théorie du risque). Une telle conception diminue beaucoup la valeur du droit subjectif. Elle arrive souvent jusqu'à le nier et à le considérer *comme une simple fonction sociale*.

1. *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édit., tome 1, pp. 248 et s.; *Etudes de droit public*, I, l'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 221.

2. Voir le n° 10, pa. 31-32.

Dans une *conception restreinte*, l'abus du droit touche de près à la question de responsabilité. Il se présente *comme une sorte d'assouplissement de la notion de faute*. La jurisprudence française considère cette théorie comme une application élargie de l'article 1382¹. L'abus du droit est ainsi le « correctif indispensable de la théorie du droit subjectif », comme le dit M. Saleilles².

Dans une *conception plus restreinte encore*, les cas d'abus du droit seraient extrêmement rares, car la plupart du temps il ne s'agirait que des questions qui appartiennent au domaine de la responsabilité. « Pour trouver des hypothèses réelles d'abus du droit, dit M. Georges Ripert, il faut que l'acte accompli soit par lui-même irréprochable³. »

C'est tout à fait juste au point de vue de la pure logique. Mais la pratique judiciaire et la doctrine ont tellement imprégné la théorie de l'abus du droit de l'idée de faute (par exemple pour le cas où il existe l'intention de nuire) qu'il serait très difficile de l'en séparer. D'ailleurs cela correspond à la complexité des situations qui se présentent. La théorie de l'abus des droits a le rôle d'accommoder la vieille notion de faute à toutes ces situations.

Ainsi conçue cette théorie respecte l'intégralité de nos droits subjectifs tout en les limitant, pour rendre possible la vie en société. Sa sanction sera soit une réparation pécuniaire, si le fait préjudiciable est déjà consommé, soit l'obligation pour nous de cesser l'exercice anormal en cours d'un de nos droits subjectifs.

1. Georges Ripert, *L'exercice des droits et la responsabilité civile*, Extrait de la *Rev. crit. de lég. et de jurispr.*, Pichon, Paris, 1906, p. 14 ; G. Ripert, *Note sous l'arrêt Dupont-Lecante*, D. 1907. I. 386. ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e édit., p. 170 ; L. Campion, *La théorie de l'abus des droits*, Emile Bruylant, Bruxelles, 1925, pp. 64 et 295 ; Henri Capitant, *Sur l'abus des droits*, *Rev. trim. de dr. civ.*, année 1928, p. 367.

2. Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, 2^e édit., p. 547.

3. *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e édit., p. 177.

136. Si nous examinons rapidement la législation et la jurisprudence de quelques pays, nous nous apercevons que souvent la théorie de l'abus du droit est consacrée par un texte de loi, d'autres fois seulement par la jurisprudence et la doctrine.

C'est ainsi que dans le Code civil allemand de 1900 nous trouvons deux articles de principe : l'article 226 qui prévoit que « L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autres buts que de causer dommage à autrui » et l'article 826 : « Quiconque, intentionnellement, cause un dommage à un autre d'une manière qui porte atteinte aux bonnes mœurs, est obligé envers cet autre à la réparation du dommage. »

Le Code civil suisse dispose dans son article 2 : « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. »

Le Code civil soviétique de 1923 proclame que : « Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans les cas où ils sont exercés en contradiction avec leur destination sociale et économique. »

La même considération de principe se trouve dans les législations autrichienne et portugaise.

En ce qui concerne la Belgique, l'Italie, la Roumanie, cette théorie est consacrée par la jurisprudence.

On voit donc l'extension de cette théorie en droit comparé, en même temps que la variété des motifs qui reste à sa base.

De ce succinct examen il résulte que, *faute d'un texte exprès, la solution de la jurisprudence française est excellente. Elle représente l'accommodement de l'idée de faute aux conditions très diverses dans lesquelles l'exercice anormal d'un droit subjectif peut avoir lieu.*

Conclusion

« Le problème du fondement du droit, de même que la vie dont il n'est qu'un reflet et le plus exclusivement social, semble un sujet inépuisable de méditation. A mesure que l'on y pénètre, on se rend mieux compte de son infinie complexité. »

Mathieu CANTACUZÈNE.

En terminant cette modeste étude sur le droit subjectif en droit privé, l'impression que nous éprouvons est celle de l'immensité de ce sujet. Il peut être envisagé de divers points de vue : philosophique, juridique, doctrinal, jurisprudentiel.

De même, il est en rapport étroit avec la conception que nous professons sur la vie. Or, celle-ci peut varier du réalisme le plus étroit jusqu'à la métaphysique la plus subtile et jusqu'à la sphère où règnent les convictions religieuses et le parfum des rêves poétiques.

Nous avons voulu faire une synthèse entre le point de vue philosophique et le point de vue juridique.

La première observation qui se dégage dans cette conclusion est que le problème du droit subjectif, malgré son ancienneté *juridique*, est neuf au point de vue *philosophique*. C'est à peine vers la fin du siècle dernier qu'on a commencé à discuter sa nature et cela seulement d'une manière incidente. Il n'y a pas jusqu'à présent une littérature propre au droit subjectif. Elle est répandue dans les

divers ouvrages de droit privé ou public. L'exemple le plus palpable est celui de M. Duguit qui a écrit sur la question dans ses ouvrages de droit public et spécialement dans son *Traité de droit constitutionnel* (tome I).

En second lieu, nous faisons remarquer que c'est par le côté négatif que le problème du droit subjectif prend naissance au point de vue de l'étude de *sa nature*. En effet, c'est surtout avec les attaques dirigées par M. Duguit contre cette notion que la question se pose d'une manière systématique. Pourtant nous la considérons comme étant à peine esquissée. Bientôt le nombre des juristes et des juristes philosophes qui s'en occuperont deviendra de plus en plus grand. Par notre travail nous n'avons voulu qu'attirer l'attention sur l'importance de ce problème.

Si on se reporte à présent à la notion même du droit subjectif, on constate que c'est l'élément fondamental sur lequel repose toute la science du Droit. On pourrait dire que le droit subjectif est *l'atome juridique*. Les théories qui le nient n'ont fait que prouver davantage son existence. En effet, l'œuvre de celles-ci se réduit au fait d'avoir remplacé l'expression simple de *droit subjectif* par des formules incommodes. Ces théories n'ont pas pu se passer du rôle que le droit subjectif joue dans la vie juridique. Il est resté au-dessus de leurs attaques, portant seulement un habit qu'on lui avait imposé.

Le droit subjectif est ainsi une réalité juridique. Il consiste en droit privé dans le rapport qui s'établit entre deux ou plusieurs individus qui se trouvent dans une certaine situation juridique.

A la rigueur, l'analyse peut se limiter ici. Le droit subjectif appartiendra de cette façon seulement à la science

positive du droit. C'est la loi qui nous servira de critérium. En effet, c'est elle qui consacre le droit subjectif.

Mais une telle analyse n'est pas complète. La loi n'a pas sa raison d'être en soi-même. L'Etat ne se justifie pas par lui-même. Il y a au-dessus de lui un ordre universel juridique : *ce sont les normes objectives de droit naturel*. Certes, on passe ainsi dans un plan métaphysique. Mais une telle espèce de recherche est indispensable à toute science, y compris le Droit. Donc, les droits subjectifs plongent leurs racines dans ces normes de droit naturel. Celui-ci présente deux aspects : l'un *individuel*, l'autre *social*. Les droits subjectifs suivront la même voie : ils seront *absolus* par leur nature et *relatifs* dans leur exercice.

La structure du droit subjectif consiste dans deux éléments : *la volonté* et *l'intérêt*. Ni l'un ni l'autre tout seul ne peut constituer la structure complète du droit subjectif, malgré les thèses soutenues dans ce sens par des théories célèbres.

Le droit subjectif comporte *un sujet actif* et *un sujet passif de droit*. Le rôle important revient évidemment au premier. L'homme seul est sujet de droit. Il peut se présenter sous forme d'*individualités* ou de *collectivités*, quand il s'agit de *personnes morales*.

Dans la classification et l'étude des droits subjectifs, nous avons voulu montrer quels sont les plus importants d'entre eux et vérifier en même temps les données qui restent à leur base.

Considérant la nature du sujet, ici encore nous avons cru que la meilleure méthode est de garder le point de vue de *synthèse* et de ne pas suivre les détails.

Ainsi, partant d'un point de vue strictement individuel, représenté par un intérêt qui demande la protection de la loi, on s'élève de plus en plus vers les principes purs de

Droit. Ces principes, nous ne les percevons que très imparfaitement. Ils sont comme les rayons du soleil qui se trouvent derrière le voile transparent des nuages. Nous ne voyons que les marges d'or et de pourpre de cette masse qui dissimule la réalité. Mais plus l'Humanité portera son attention sur le côté spirituel de son existence, plus elle s'approchera de cet infini idéal, qui est celui de la JUSTICE ABSOLUE. Les intérêts les plus divers et les plus matérialistes des individus se mettront plus facilement d'accord. Nos droits subjectifs deviendront alors comme une sorte d'articulations de cette collaboration générale des hommes.

Vu, le Doyen,
H. BERTHÉLEMY.

Vu, le Président de la Thèse,
Georges RIPERT.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

Quelques ouvrages de Philosophie

- BERGSON (H.). — *Essai sur les données immédiates de la conscience*, 25^e éd., Libr. Félix Alcan, Paris, 1926.
- *Matière et Mémoire*, Essai sur la relation du corps à l'esprit, Félix Alcan, Paris, 1896.
- *L'Evolution créatrice*, 32^e éd., Libr. Félix Alcan, Paris, 1928.
- HÖFFDING (H.). — *La Philosophie de Bergson*, Exposé critique. Lib. Félix Alcan, Paris, 1916.
- LE ROY (Ed.). — *Une philosophie nouvelle, Henri Bergson*, Lib. Félix Alcan, Paris, 1913.
- MONTESQUIEU. — *De l'Esprit des lois*, 2 vol. Libr. Garnier, Paris.
- PAULSEN (FR.). — *Introducere în Filosofie*, trad. roumaine faite par I. Lupu et D. Puschilla, Libr. Luceafarul, Bucaresti, 1922.
- PETROVICI (I.). — *Introducere în Metafizica*, Libr. Sportul, Bucaresti, 1924.
- POINCARÉ (H.). — *La valeur de la science*, Libr. Ernest Flammarion, Paris, 1929.
- ROUSSEAU. — *Du contrat social*, Libr. La Renaissance du livre, Paris.
- SEGOND (J.). — *L'intuition bergsonienne*, Libr. Félix Alcan, Paris, 1913.

Ouvrages généraux de Droit

- AUBRY ET RAU. — *Cours de Droit civil*, 5^e éd., Libr. gén. de jurispr., Marchal et Billard, Paris, 1897-1922, t. I, § 34, p. 174 ; t. II, § 190, p. 256 ; t. IV, § 297, p. 3 et § 305, p. 145.
- BOISTEL (A.). — *Cours de Philosophie du Droit*, 2 vol. Anc. libr. Thorin et fils, A. Fontemoing. Paris, 1899.
- BONNECASE (J.). — *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit Civil par Baudry-Lacantinerie et divers collaborateurs*, Libr. Sirey, Paris. Tome I (1924) ; n^{os} 123-148, pp. 213-264 ; Tome II (1925) ; n^{os} 369-432, pp. 431-527.

- CANTACUZÈNE (M.). — *Elementele dreptului civil*, Libr. Cartea Românesca, Bucuresti, 1921.
- COLIN ET CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 3 vol. 4^e éd., Libr. Dalloz, Paris, 1923-1925.
- CUQ (Ed.). — *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Libr. gén. de dr. et de jurispr., Paris, 1917.
- DEMOGUE (R.). — *Traité des Obligations en général*, 5 tomes parus, Libr. Arthur Rousseau, Paris, 1923-1925.
- DJUVARA (M.). — *Teoria generala a Dreptului (Enciclopedia juridica)*, 3 vol. Biblioteca Universitara de Drept « Pandectele Române », Libr. Socec, Bucuresti, 1930.
- DUGUIT (L.). — *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., t. I., Anc. libr. Fontemoing et Cl^e, E. de Boccard, succ., Paris, 1927.
- ESMEIN (A.). — *Eléments de Droit constitutionnel français et comparé*, 2 vol. 8^e éd., revue par Henry Nézard, Libr. Sirey, Paris, 1927-1928.
- GIRARD (P.). — *Manuel élémentaire de droit romain*, 6^e éd., 1918.
- HAURIUO (M.). — *Principes de droit public*, 2^e éd., Libr. Sirey, Paris, 1916.
- HUDELLOT ET METMAN. — *Des Obligations*, 4^e éd., Libr. L. Larose et Tenin, Marchal et Billard, Marescq jeune, Paris, 1908.
- KORKOUNOV (M.-N.). — *Cours de théorie générale du droit*, traduit du russe, par J. Tchernoff, 2^e éd., Libr. M. Giard et E. Brière, Paris, 1914.
- PLANIOL ET RIPERT. — *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol. 10^e éd., Libr. gén. de dr. et de jurispr., Paris, 1925-1927.

Ouvrages Spéciaux de Droit, Articles de Revues

Notes de Jurisprudence

- BEUDANT (Ch.). — *Le droit individuel et l'Etat*, Libr. nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau, Paris, 1891.
- BOISTEL (A.). — *Le droit dans la famille, Etudes de droit rationnel et de droit positif*, Libr. Auguste Durand, Paris, 1864.
- BONNARD (R.). — *Léon Duguit. Ses œuvres. Sa doctrine*. Rev. du Dr. pub. et de la Sc. pol., année, 1929.
- BONNECASE (J.). — *La notion de Droit en France au XIX^e siècle. Contribution à l'étude de la philosophie du Droit contemporaine*, Libr. E. de Boccard, Paris, 1919.

- *Où en est le Droit civil ? Voir La cité moderne et les transformations du Droit*, Cahiers de la Nouvelle Journée, 1925, t. IV.
- *Introduction à l'étude du Droit. Le problème du Droit devant la philosophie, la science et la morale*, Libr. Sirey, Paris, 1926.
- *La Philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille. Ses destinées dans le droit civil contemporain*, 2^e éd., Libr. E. de Boccard, Paris, 1928.
- *Science du Droit et Romantisme, Le conflit des conceptions juridiques, de 1880 à l'heure actuelle*, Libr. Sirey, Paris, 1928.
- *A la recherche du fondement du droit. Y a-t-il un romantisme juridique ?* Rev. trim. de dr. civ., année 1929, Libr. Sirey, Paris.
- BRÉAL (M.). — *L'origine des mots désignant le droit et la loi en latin*, Nouvelle revue historique du droit français et étranger, année 1883, pp. 603-612.
- CAMPION (L.). — *La théorie de l'abus des droits, (De l'exercice anti-social des droits subjectifs)*, Libr. E. Bruylant, Bruxelles, 1925.
- CANTACUZÈNE (M.). — *L'Etat et le concept de personnalité*, Rev. trim. de dr. civ., année 1924.
- *La Vie, le Droit, la Liberté*, Rev. trim. de dr. civ., année 1929.
- CAPITANT (H.). — *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., Libr. A. Pédone, 1929.
- *Les notions fondamentales du droit privé d'après le livre de M. Demogue*, Rev. trim. de dr. civ., année 1911.
- *Sur l'abus des droits*, Rev. trim. de dr. civ., année 1928.
- CHARMONT (J.). — *La renaissance du droit naturel*, 2^e édit., Libr. Ed. Duchemin, Paris, 1927.
- CUCHE (P.). — *Conférences de philosophie du droit*. I. Le mirage du droit naturel ; II. Les postulats métaphysiques du positivisme juridique ; III. Réalisme et conceptualisme juridiques. Critique du concept de la personnalité morale. Libr. Dalloz, Paris, 1928.
- *A la recherche du fondement du Droit. Y a-t-il un romantisme juridique ?* Rev. trim. de dr. civ., année 1929.
- *En lisant les juristes philosophes*, Libr. G. de Gigord, Paris, 1919.
- DABIN (J.). — *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*, Libr. Sirey, Paris, 1929.
- DAVY (G.). — *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, Libr. Félix Alcan, Paris, 1922.

- DEMOGUE (R.). — *Les transformations fondamentales du droit privé*, (Essai critique), Libr. Arthur Rousseau, Paris, 1911.
- DUGUIT (L.). — *Le droit constitutionnel et la sociologie* (Extrait de la Rev. internationale de l'Enseignement du 15 nov. 1889). Libr. Armand Colin, et C^{ie}, Paris, 1889.
- *Etudes de droit public*, I, *L'Etat, Le droit objectif et la loi positive*, Anc. libr. Thorin et fils, Albert Fontemoing, Paris, 1901.
- *Etudes de droit public*, II, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Libr. Albert Fontemoing, Paris, 1903.
- *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Libr. Félix Alcan, Paris, 1908.
- *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Libr. Félix Alcan, 1912.
- *Les transformations du droit public*, Libr. Armand Colin, Paris, 1913.
- *Les doctrines juridiques objectives*, (Extrait de la Rev. du Dr. pub. et de la Sc. pol. en Fr. et à l'Etr., oct.-déc. 1927), Libr. Marcel Giard, Paris, 1927.
- FERRARA (F.). — *Teoria delle persone giuridiche*, (dans *Il diritto civile italiano*, publié sous la direction du professeur Pasquale Fiore). Eugenio Marghieri, Napoli; Unione Tip. Editr. Torinese, Torino, 1915.
- GÉNY (F.). — *Science et technique en droit privé positif*, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, 4 vol. Libr. Sirey, Paris, 1914-1924.
- GOROVITSEFF (A.). — *Etudes de Principiologie du droit : La lutte autour de la notion de sujet de droit*, Exposé critique des doctrines actuelles sur le sujet de droit, Rev. trim. de dr. civ., année 1926.
- *Nouvelles recherches sur le problème du sujet de droit*, Rev. trim. de dr. civ., année 1927.
- HAURIOU (M.). — *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*. Rev. gén. du Dr., de la Légis. et de la Jurispr., année 1898, N^{os} 1 et 2, janv.-fév., mars-avril, Libr. Albert Fontemoing, Paris.
- *Le Droit naturel et l'Allemagne*, Le Correspondant du 25 sept. 1918, Impr. Bureaux du Correspondant, Paris, 1918.
- *L'Ordre social, la Justice et le Droit*. Rev. trim. de dr. civ., année 1927.
- IHERING (R. VON). — *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases*

- de son développement*, 3^e édit. t. IV, trad. française par O. de Meulenaere, Libr. Chevalier-Marescq, Paris, 1888.
- JACQUELIN (R.). — *Le Droit social et la réparation des dommages en régions envahies*, Libr. Sirey, Paris, 1917.
- JELLINEK (G.). — *System der Subjectiven öffentlichen Rechte*, trad. italienne faite d'après la seconde édit. allemande (1905) et annotée par Gaetano Vitagliano, Società Editrice Libreria, Milano, 1912.
- JOSSERAND (L.). — *A propos de la relativité des droits, Réponse à l'article de M. Ripert*, Rev. crit. de légis. et de jurispr., année 1929, n^{os} 5-6 mai-juin, Libr. gén. de Dr. et de Jurispr., R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris.
- KELSEN (H.). — *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, trad. par Ch. Eisenmann, Rev. du Dr. pub. et de la Sc. pol., année 1926.
- KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI (I. de). — *Quelques dispositions générales d'un projet de code civil polonais*, Rev. trim. de dr. civ., année 1928.
- LAZARESCU (E. A.). — *Tendintele sociale în dreptul privat*, Edit. Curierul judiciar, Bucuresti, 1926.
- LE FUR (L.). — *La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne*, Libr. Hachette, Paris, 1928.
- *Le fondement du droit*, Extrait de la revue « Les Lettres », Impr. Saint-Pierre, Langres.
- LÉVY (E.). — *Les droits sont des croyances*, Rev. trim. de dr. civ., année 1924.
- *Définition du contrat*, Rev. trim. de dr. civ., année 1930, N^o 2, avril-juin.
- *Les mesures des droits*, Rev. trim. de dr. civ., année 1930, N^o 3, juillet-septembre.
- LÉVY-ULLMANN (H.). — *Éléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques. I. La définition du droit*, Libr. Sirey, Paris, 1917.
- LYON-CAEN (CH.). — *Note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 11 avril 1907*, S. 1907.1.433.
- MAURY (J.). — *Observations sur les idées du professeur H. Kelsen*, Rev. crit. de légis. et de jurispr., année 1929.
- MESTRE (A.). — *Morale et obligation civile*, (A propos d'un livre récent), Rev. trim. de dr. civ., année 1926.

- MICHOUD (L.). — *La théorie de la personnalité morale*, 2 vol., 2^e éd.,
Libr. gén. de Dr. et de Jurispr., Paris, 1924.
- MIRKINE-GUETZEVITCH (B.). — *La théorie générale de l'Etat soviétique*,
(Préface de M. Gaston Jèze), Libr. Marcel Giard, Paris, 1928.
- PERITCH (J.). — *De la matérialisation des droits privés*, Rev. trim. de
dr. civ., année 1913.
- PERITCH (J.). — *La volonté des particuliers comme créatrice des droits
privés*, Rev. trim. de dr., année 1929.
- PERREAU (E. H.). — *Les droits de la personnalité*, Rev. trim. de dr.
civ., année 1909.
- PICARD (E.). — *Le Droit pur*, (Dixième mille), Bibliothèque de Phi-
losophie scientifique, Ernest Flammarion, Paris, 1930.
- RENARD (G.). — *Le Droit, la Justice et la Volonté* (Conférences d'In-
troduction philosophique à l'étude du droit), Libr. Sirey,
Paris, 1924.
- *Le Droit, la Logique et le Bon Sens* (Conf. d'Introd. philos. à l'étude
du dr., 2^e série), Libr. Sirey, Paris, 1925.
- *Le Droit, l'Ordre et la Raison* (Conf. d'Introd. philos. à l'étude du
dr., 3^e série), Libr. Sirey, Paris, 1927.
- *La théorie de l'Institution, Essai d'ontologie juridique*, (Premier
volume. Partie juridique), Libr. Sirey, Paris, 1930.
- RICHARD (G.). — *La sociologie juridique et la défense du droit subjectif*,
Rev. philosophique de la France et de l'Etranger, tome
LXXIII, janv.-juin, 1912, Félix Alcan, Paris.
- RIPERT (G.). — *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e éd.,
Libr. gén. de Dr. et de Jurispr., R. Pichon et R. Durand-
Auzias, Paris, 1927.
- *L'exercice des droits et la responsabilité civile* (Extrait de la Rev.
crit. gén. de Dr. et de Jurispr.), Paris, 1906.
- RIPERT (G.). — *Note sous l'arrêt Dupont-Lecante*, Cour de cassation,
18 février 1907, D. 1907.1.386.
- *L'Idée de Droit en Allemagne et la guerre actuelle*, Conférence faite
aux étudiants de l'Université d'Aix-Marseille, le 7 mai 1915.
Extrait de la *Rev. internationale de l'Enseignement*, tome 69,
année 1915, pp. 169-183.
- *Droit naturel et positivisme juridique*, Annales de la Faculté de
Droit d'Aix, nouvelle série, n^o 1, Barlatier, Marseille, 1918.

- *Abus ou relativité des droits, A propos de l'ouvrage de M. Jusserand : De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927, Rev. crit. de légis. et de jurispr., année 1929, janvier-février.
- ROGUIN (E.). — *La règle de droit*, Libr. F. Rouge, Lausanne, 1889.
- *La science juridique pure*, 3 vol. Libr. de l'Université, F. Rouge, Lausanne et Libr. gén. de Dr. et de Jurispr. Paris, 1923.
- ROUAST (A.). — *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, Rev. trim. de dr. civ., année 1922.
- SALEILLES (R.). — *De la personnalité juridique*, 2^e édit., Libr. Arthur Rousseau, Paris, 1922.
- SICHES RECASENS (L.). — *Il concetto di diritto subiettivo innanzi alla filosofia giuridica*, Rivista internazionale di Filosofia del Diritto, anno VI, Fascicolo IV, Ottobre-Dicembre, 1926, Roma.
- THON (A.). — *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, Hermann Böhlau, Weimar, 1878.
- VAREILLES-SOMMIÈRES. de — *La définition et la notion juridique de la propriété*, Rev. trim. de dr. civ., année 1905.
- WINDSCHEID. — *Pandekten*, Vol. 1^{er}, Partie 1^{re}, trad. italienne (*Diritto delle Pandette*) faite par les professeurs Carlo Fadda et Paolo Emilio Bensa, avec des annotations. Unione tipografico-editrice, Torino, 1902.

Thèses de Doctorat

- BARTHÉLÉMY (J.). — *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Thèse, Toulouse, 1899, Libr. de la Société du Recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1899.
- CAPITANT (R.). — *Introduction à l'étude de l'illicite, I. L'Impératif juridique*, Thèse, Paris, 1928, Libr. Dalloz.
- CHAPLET (P.). — *La famille et le Droit des Personnes dans la législation soviétique*, Thèse, Rennes, 1929, Imprimeries Réunies, Rennes. Tirage à part sous le titre : *La famille en Russie soviétique*, Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, Libr. Marcel Giard, Paris, 1929.
- GOUNOT (E.). — *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*; Thèse Dijon, 1912, Libr. A. Rousseau.

- HOUDAYER (J.). — *Intransmissibilité et transmissibilité des obligations en droit romain. De la transmission des obligations en droit français*, Thèse, Caen, 1889, E. Valin.
- IONASCO (R.T.). — *L'évolution de la notion de cause dans les conventions à titre onéreux*, Thèse, Paris, 1923, Les Presses universitaires de France.
- IONASCO (A.). — *La copropriété d'un bien*, Thèse, Paris, 1930, Les Presses universitaires de France.
- MINEI (B.). — *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, Thèse, Paris, 1912, Libr. nouvelle de Dr. et de Jur., Arthur Rousseau.
- PIOT (M^{lle} A.). — *Droit naturel et réalisme*, Essai critique sur quelques doctrines françaises contemporaines, Thèse, Paris, 1930, Libr. gén. de dr. et de jurispr., R. Pichon et R. Durand-Auzias.
- PARTHENIU (G. C.). — *Le droit social sur les choses*, Essai sur la nature des propriétés collectives, Thèse, Paris, 1908, Libr. Henri Jouve.
- QUERU (R.). — *Synthèse du droit réel et du droit personnel*, Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique, thèse Caen, 1905, V. Giard et E. Brière, Paris, 1905.
- RICHARD (G.). — *Essai sur l'origine de l'idée de Droit*, Thèse, Lettres, Paris, 1892, Libr. Ernest Thorin.
- RIPERT (G.). — *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Thèse, Aix, 1902, Libr. Arthur Rousseau, Paris, 1902.
- VOLANSKY (A.). — *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, Thèse, Paris, Libr. Duchemin, L. Chauny et L. Quinsac, Succes., 1930.

Cours de Droit

- BARTIN (E.). — *Distinction des dispositions impératives et des dispositions interprétatives de volonté*, Cours de droit civil approfondi professé à la Faculté de Droit de Paris (doctorat) pendant l'année scolaire 1925-1926.
- LE FUR (L.). — *Le réalisme et le positivisme juridique*, Cours d'Introduction à l'étude du Droit, Paris, 1928-1929.

— *Les rapports entre le Droit et la Morale, spécialement à la Morale internationale*, Cours d'Introduction à l'étude du Droit, Paris, 1930-1931.

RIPERT (G.). — *Les limites de la liberté contractuelle*, Cours de droit civil approfondi (doctorat), Paris, 1929-1930.

Dictionnaires

FRANCK(A.). — *Dictionnaires des Sciences philosophiques*. Les mots : *Droit*, pp. 411-415 ; *Morale*, pp. 1135-1144 ; *Objectif-subjectif*, pp. 1211-1212, Libr. Hachette, Paris, 1885.

LALANDE (A.). — *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*.

Tome I^{er}, les mots : *Droit*, p. 179 ; *Moral*, pp. 489 et suiv.

Tome II, les mots : *Objectif*, pp. 525 et suiv. ; *Subjectif*, pp. 806 et suiv. ; *Sujet*, pp. 833 et suiv., Libr. Félix Alcan, Paris, 1928.

LITTRÉ (E.). — *Dictionnaire de la langue française*. Tome II, 1^{re} Partie, le mot *Droit*, pp. 1244-1246.

Tome II, 1^{re} Partie, les mots : *Subjectif*, p. 2056 ; *Sujet*, *ette*, adj., pp. 2077-2078 ; *Sujet*, s.m. pp. 2078-2079. Lib. Hachette, Paris.

Table des Matières

INTRODUCTION

1. Caractère philosophique et juridique du sujet.
 2. Limitation du problème au droit privé.
 3. Plan de l'ouvrage 13
-

PREMIERE PARTIE

LE FONDEMENT, LA STRUCTURE ET L'ETENDUE DU DROIT SUBJECTIF

TITRE PREMIER

LES ELEMENTS DU DROIT SUBJECTIF

CHAPITRE PREMIER

GENERALITES

4. Importance de la notion de droit subjectif. Son étude.
5. Terminologie 19

CHAPITRE II

DE L'EXISTENCE DU DROIT SUBJECTIF

SECTION PREMIÈRE

Théories qui nient le droit subjectif

§ 1. *Méthode réaliste de M. Duguit.*

6. Aperçu général.
7. Le réalisme de M. Duguit.
8. La norme sociale.

9.	La règle de droit.	
10.	La négation du droit subjectif.	
11.	La situation juridique subjective.	
12.	Critique de la doctrine négative de M. Duguit.	
13.	Conclusion.....	25
§ 2. <i>Système de M. I. de Koschembahr-Lyskowski.</i>		
14.	M. I. de Koschembahr-Lyskowski substitue au système des droits subjectifs celui d'un ensemble objectif des règles de conduite.	
15.	Critique de cette nouvelle théorie	42
§ 3. <i>Doctrine étatiste de M. Kelsen.</i>		
16.	L'Etat source du droit.	
17.	Le peu d'importance des droits subjectifs.	
18.	Critique de l'étatisme.	
19.	La doctrine de M. Kelsen représente une conception négative atténuée du droit subjectif.....	46

SECTION II

Théories à base de technique

Paragraphe introductif

20.	Représentants de cette conception en France.	53
§ 1. <i>Conception de M. René Demogue.</i>		
21.	Exposé et critique de la doctrine de M. Demogue. Son pessimisme le conduit à une conception technique du droit subjectif	54
§ 2. <i>Conception de M. François Géný.</i>		
22.	Exposé de la doctrine technique du droit subjectif de M. Géný.	
23.	Sa critique.	
24.	Conclusion.	55

SECTION III

Théories qui confondent le droit subjectif avec l'action.

25.	Généralités ; doctrines.	
26.	Exposé de la théorie de Thon.	
27.	Une des critiques de cette théorie.	
28.	Conception de M. Joseph Barthélemy.	
29.	Observation commune aux deux théories. Conclusion	59

SECTION IV

Théorie de la réalité du droit subjectif

30.	Le droit subjectif est une réalité juridique.	
31.	Il consiste dans des rapports juridiques sanctionnés par une action.	
32.	Le droit subjectif repose sur des normes objectives de droit.	
33.	Ces normes sont concrétisées dans le droit naturel.	
34.	La nature métaphysique de cette doctrine.	
35.	Le droit naturel comme source originaire des droits subjectifs. Le rôle de la loi et de la volonté.	
36.	Conception de la réalité du droit subjectif ; définition.	
37.	Caractères du droit subjectif découlant de cette conception	66

CHAPITRE III

LA STRUCTURE DU DROIT SUBJECTIF

SECTION PREMIÈRE

Théorie de la volonté

- 38. Trois théories concernant la structure du droit subjectif : de la volonté de l'intérêt, de la volonté et de l'intérêt combinés.
- 39. Caractères de la théorie de la volonté ; ses partisans
- 40. La doctrine de Windscheid.
- 41. Sa critique.
- 42. La doctrine de la « dématérialisation » de M. Gorovtseff et sa critique
- 43. La théorie de l'autonomie de la volonté et celle de la déclaration de volonté 77

SECTION II

Théorie de l'intérêt

- 44. Parallèle entre la théorie de la volonté et celle de l'intérêt
- 45. La doctrine d'Ihering.
- 46. Sa critique 88

SECTION III

Théorie de la volonté et de l'intérêt combinés

- 47. Nécessité de combiner la théorie de la volonté et celle de l'intérêt.
- 48. Insuffisance de ces deux théories.
- 49. Exposé de la théorie de la volonté et de l'intérêt combinés
- 50. Le droit reflet
- 51. Sa critique 90

CHAPITRE IV

LES DROITS SUBJECTIFS PRIVES ET PUBLICS

- 52. La distinction entre le droit privé et le droit public et la question des droits subjectifs.
- 53. Les rapports qui existent entre les droits subjectifs privés et les droits subjectifs publics.
- 54. L'origine commune des deux espèces de droits. Les observations d'Jel-linek et leur critique 98

CHAPITRE V

**SOURCES POSITIVES ET GARANTIES DES DROITS
SUBJECTIFS**

SECTION PREMIÈRE

**La loi, la jurisprudence et les traités internationaux
comme sources positives des droits subjectifs**

55. Généralités sur les diverses sources positives du droit subjectif.
56. La Constitution.
57. La loi ordinaire.
58. La jurisprudence.
59. Les traités internationaux..... 102

SECTION II

**Garanties juridiques et extra-juridiques
des droits subjectifs**

60. Garanties juridiques : la loi et l'application correcte de celle-ci
61. Garanties extra-juridiques : le droit de résistance à l'immoralité des
gouvernants et aux lois injustes 106

CHAPITRE VI

**ETUDE DE DROIT COMPARE : LES DROITS SUBJECTIFS
DANS LA LEGISLATION SOVIETIQUE**

62. Le droit subjectif existe dans les législations de tous les pays.
63. Situation spéciale de la Russie soviétique.
64. Première législation : pas de traces de droits subjectifs
65. Législation récente : la conception de droit subjectif existe, mais elle
est détournée dans un but révolutionnaire 109

TITRE II

**SPHERE D'APPLICATION DU DROIT SUBJECTIF :
LE SUJET DE DROIT.**

CHAPITRE PREMIER
DE L'EXISTENCE DU SUJET DE DROIT

SECTION PREMIÈRE

Généralités

66. Le rapport étroit qui existe entre la notion de droit subjectif et celle
de sujet de droit.
67. Terminologie.
68. Rôle plus important du sujet de droit dans le droit privé 113

SECTION II

Les diverses théories sur la notion de sujet de droit

- 69. Renvoi pour certains points à l'étude du droit subjectif.
- 70. La doctrine négative de M. Léon Duguit.
- 71. Les théories des « droits sans sujets ».
- 72. La théorie technique.
- 73. La doctrine de la « dématérialisation » de M. Gorovtseff.
- 74. Théorie de la réalité du sujet de droit ; atténuations 116

CHAPITRE II

**LA PERSONNE PHYSIQUE ET LES PERSONNES MORALES
COMME SUJETS DE DROIT**

SECTION PREMIÈRE

La personne physique

- 75. La notion de sujet de droit limitée à l'homme.
- 76. L'homme normal. Sa personnalité juridique.
- 77. Sujet actif et sujet passif
- 78. Sujet d'exercice et sujet de jouissance.
- 79. L'infans et le fou.
- 80. Les personnes à naître.
- 81. Les morts.
- 82. Sujet naturel de droit et sujet artificiel 124

SECTION II

Les personnes morales

- 83. La personne morale comme sujet de droit ; théorie de la réalité ; corporations, fondation..
- 84. Les droits subjectifs des personnes morales.
- 85. Leur étude en comparaison avec les droits subjectifs de l'individu.
- 86. Les droits subjectifs et la capacité des personnes morales.
- 87. Exercice de ces droits subjectifs.
- 88. Fin du second titre. 131

DEUXIEME PARTIE

APPLICATIONS :

**LES DROITS SUBJECTIFS, LEUR CLASSIFICATION
ET ETUDE DE QUELQUES INSTITUTIONS
JURIDIQUES**

CHAPITRE PREMIER

CLASSIFICATION DES DROITS SUBJECTIFS

SECTION INTRODUCTIVE

- 89. L'intérêt comme objet du droit subjectif.
- 90. Observations générales. 139

SECTION PREMIÈRE

Le critère de la classification des droits subjectifs

- 91. Critère matériel et critère formel.
- 92. L'idée de sujet de droit comme critère formel de classification.
- 93. La notion d'intérêt prise comme critère matériel.
- 94. Les deux critères ne s'excluent pas 140

SECTION II

Les droits absolus et les droits relatifs

- 95. Les deux espèces de droits.
- 96. Leur objet respectif 142

SECTION III

Le droit réel et le droit personnel

- 97. Définition des deux espèces de droits.
- 98. La question du personnalisme du droit réel. 143

CHAPITRE II

LES DROITS DE LA PERSONNALITE

SECTION INTRODUCTIVE

- 99. Deux espèces de droits de la personnalité. Généralités 147

SECTION PREMIÈRE

Les droits de l'individu comme tel

- 100. Lois consacrant les droits subjectifs de l'individu comme tel ; mélanges de droits privés et de droits publics.
- 101. Série ouverte des droits subjectifs.
- 102. Classification ; étude 149

SECTION II

Les droits de famille

- 103. Précision de l'expression « droits de famille ».
- 104. Opinion négative de M. Capitant et sa critique.
- 105. Le droit naturel comme fondement des droits de famille.
- 106. Les droits qui dérivent de la puissance paternelle.
- 107. Autres droits familiaux.
- 108. Le problème de l'affaiblissement des liens juridiques familiaux.
- 109. Législation soviétique russe. 151

SECTION III

Caractères des droits de la personnalité

- 110. Traits généraux. 157

CHAPITRE III.

L'OBLIGATION OU DROIT DE CREANCE

SECTION PREMIÈRE

Définition et sources des obligations

111. Généralités.	
112. Définition.	
113. Sources.....	159

SECTION II

Analyse de l'obligation.

114. Objet de cette section.	
115. La volonté et le contrat.	
116. La volonté et le quasi-contrat.	
117. Les délits et les quasi-délits.	
118. L'intérêt.	
119. L'obligation et le sujet de droit.	
120. L'extinction des obligations.	
121. La transmission des obligations.	160

CHAPITRE IV.

LE DROIT DE PROPRIÉTÉ

SECTION PREMIÈRE

Définition de la propriété

122. Considérations générales sur le droit de propriété	
123. La définition donnée par le Code ; sa critique.	
124. La définition d'Aubry et Rau et celle de M. Vareilles-Sommières.	
125. Propriété restreinte ; définition.	166

SECTION II

Nature et caractères de la propriété.

126. Généralités. Le droit de propriété basé sur les normes de droit naturel	
127. La propriété et la volonté.	
128. La propriété et l'idée d'intérêt.	
129. Le titre et le sujet de droit.	
130. Diverses sortes de propriétés et les restrictions qu'on leur apporte.	
131. La zadruga yougoslave.....	169

CHAPITRE V

LA RESPONSABILITE CIVILE ET L'ABUS DES DROITS

132. Diverses questions en rapport avec la responsabilité civile et la théorie de l'abus du droit.	
133. L'idée de faute à la base de la notion de responsabilité.	
134. Le droit subjectif né au profit de la victime.	
135. Détermination et rôle de la théorie de l'abus du droit.	
136. Son étude en droit comparé	175
CONCLUSION	181
BIBLIOGRAPHIE	185

IMPRIMERIE SPÉCIALE
— DE L'ABEURS —

F. BOISSEAU

34, rue du Taur, TOULOUSE

